منير القاضي
استاذ الاحكام المدنية في كلية الحقوق العراقية

شرح المجلة

ويحتوي على :

١ — كتاب الغصب والاتلاف
٢ — « الحجر والاكراه والشفعة

(٥)

مطبعة التفيض الاهلية — بغداد
١٣٦١ هـ - ١٩٤٢ م

كتاب

التعصب والائتلاف

ينحصر الكلام في هذا الكتاب في المواضيع الآتية :

١ — تفسير بعض المصطلحات (ويتضمن تعريف الغصب والاتلاف) .

٢ — أحكام الغصب .

٣ — الأحكام المتعلقة بوضع أحد يده على عقار الغير – غصب العقار .

٤ — الحكم في غاصب الغاصب .

٥ — الحكم في الاتلاف مباشرة .

٦ — الحكم في الاتلاف تسبباً .

٧ — الطريق العام والحكم فيما يحدث فيه .

٨ — الحكم في جناية الدواب .

تفسير بعض المصطلحات

تعريف الغصب :

اختلف الفقهاء في تعريف الغصب . فذهب البعض الى انه عبارة عن ازالة يد المالك عن المال المتقوم ، على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل من الغاصب فى المال . وهذا هو رأى أبى حنيفة ، فعلى هذا التعريف لا يتحقق الغصب إلا بثلاثة أمور : إزالة يد محقة واثبات يد مبطلة ، وفعل فى المغصوب كنقله وادخاره ونحو ذلك . فلا يتصور الغصب على هذا الرأي في العقار لعدم تصور الأمر الثالث فيه ، ولا فى المنافع لعدم وجودها عند الغصب ، وكذلك زوائد المغصوب لحدوثها بعد الغصب ، فلا يتحقق فيهما الأمر الأول وهو ازالة اليد المحقة .

وخرج بقيد « المتقوم » غير المتقوم فلا يجري فيه الغصب وإن تحققت فيه الأمور الثلاثة .

وخرج بقيد « المجاهرة والمغالبة » السرقه فانها تؤخذ على سبيل الخفاء والمخاتلة ، فليست بداخلة فى الغصب بل لها أحكام تختلف بها عنه . مثلا فى السرقة حد القطع ، ولا قطع فى الغصب وإذا حصل القطع وكان السارق قد أتلف المسروق ، لا ضمان عليه ، لأنه لا يجمع بين الحد

والضمان ، وفى الغصب ، المغصوب مضمون دائماً .

وكذا يخرج الرهن والاجارة ونحوهما من العقود فان دخول المال فى يد الغير فيها وقع باذن من مالكه حسب العقد لا بطريق المغالبة .

وذهب البعض إلى أن الغصب عبارة عن إزالة يد المالك عن ماله المتقوم بلا اذنه واثبات يد مبطلة . فيتحقق الغصب على هذا بفعلين إزالة يد محقة ، ووضع يد مبطلة . فيجري الغصب في العقار على هذا القول ، ولا يعتبر في المنافع وزوائد المغصوب .

وذهب البعض الى انه اثبات اليد على ملك الغير بغير اذنه . فيتحقق الغصب بفعل واحد وهو اثبات اليد المبطلة فيجري الغصب على هذا في العقار ويعتبر في منافع المغصوب وزوائده .

والظاهر من أحكام المجلة انها اختارت رأى أبى حنيفة وان لم يكن هذا ظاهراً من تعريفها للغصب . ووجه الظهور هو ان المجلة لم ترتب أحكام الغصب على أخذ العقار بغير اذن صاحبه .

وأخذ مال الغير على نوعين :

١ — أخذ حقيقي ، كأخذ المغصوب من يد المغصوب منه .

٢ — وأخذ حكمي كانكار المستودع الوديعة ، فانه بحكم أخذها من يد المودع بلا اذنه ، وهذا إذا لم ينقل المستودع الوديعة من محلها بعد الانكار ، فلو نقلها يكون آخذاً لها حقيقة .

قيمة الاشياء المتصلة بغيرها اتصال قرار :

الأشياء المتصلة بغيرها اتصال قرار كالأبنية والأشجار لها ثلاث قيم باعتبار ثلاثة أحوال ؛ فلها قيمة باعتبار انها قائمة فى محلها ، ولها قيمة باعتبارها مقلوعة من المحل الذي هي فيه ، ولها قيمة باعتبارها تستحق القلع من المحل الذي هي فيه .

فقيمتها بالاعتبار الأول : هي قيمتها حال كونها في محلها مستحقة للبقاء فيه ، فقيمة الأشجار أو الأبنية قائمة هي أن تقوم الأشجار أو الأبنية مع ما قامت عليه من الأرض ، ثم تقوم الأرض وحدها باعتبارها خالية من تلك الأشجار أو الأبنية ، فالفاضل من التنزيل بين القيمتين هو قيمتها قائمة . مثلا اذا كانت قيمة الأرض مع الأبنية أو الأشجار تساوي الفاً ، وقيمتها وحدها تساوي اربعمائة ، فان قيمة الأبنية أو الأشجار قائمة تكون ستمائة [م٨٨٢][1] . فان قيل لماذا لا نكتفي لمعرفة قيمة الأشجار أو الأبنية قائمة بتقويمها وحدها وهي قائمة في محلها . نقول ان معرفة القيمة المذكورة لا تتأتى من هذا الطريق ، لأن الأبنية أو الأشجار في

---

(١) م ٨٨٢ — قيمة الشيء قائماً هي قيمة الابنية او الاشجار حال كونها قائمة في محلها وهو ان تقوم الارض تارة مع الابنية او الاشجار وتارة تقوم على ان تكون خالية عنها فالتفاضل والتفاوت الذي يحصل بين القيمتين هو قيمة الابنية او الاشجار قائمة .

الأرض من قبيل اوصافها ، والأوصاف لا قيمة لها اصالة بل تبعاً .

ومعنى قيمة البناء مبنياً هو عين معنى قيمته قائماً على الوجه الآنف الذكر [م٨٨٣][١] .

وقيمتها بالاعتبار الثاني : هي قيمتها بعد القلع انقاضاً جاهزة للبيع [م٨٨٤][٢] .

وقيمتها بالاعتبار الثالث : هى قيمتها باعتبارها انقاضاً مقلوعة بعد طرح الأجرة التي تقدر للصرف فى سبيل قلعها . مثلا إذا كانت قيمة البناء باعتباره انقاضاً مقلوعة تقدر بألف ، وأجرة الأعمال اللازمة لنقضه وقلعه تقدر بمائتين ، فقيمة هذا البناء مستحقاً للقلع تكون بثمانمائة [م٨٨٥][٣]

نقصان الارض :

للزرع تأثير فى الأرض من حيث اضعافه قوتها الانباتية ، وهو يختلف باختلاف أنواع المزروعات ، فمنها ما لا يؤثر في القوة الانباتية تأثيراً كبيراً كالحنطة والشعير ، ومنها مايؤثر فيها تأثيراً خطراً ، كالرز .

---

(١) م ٨٨٣ — قيمة الشيء مبنياً هي قيمة البناء قائماً .

(٢) م ٨٨٤ — قيمة الشيء مقلوعاً هي قيمة انقاض الابنية بعد القلع او قيمة الاشجار المقلوعة .

(٣) م ٨٨٥ — قيمة الشيء حال كونه مستحقاً للقلع هي القيمة الباقية بعد تنزيل اجرة القلع من قيمة المقلوع .

والمراد من نقصان الأرض ، مقدار النقص الذي يورثه الزرع فى الأرض . غير ان الفقهاء اختلفوا في كيفية تقدير ذلك النقص .

فذهب البعض الى تقديره من طريق الاجارة ، وذلك بأن تقدر أجرة الأرض قبل الزرع الواقع ، ثم تقدر أجرتها بعد الزرع الواقع ، فالفرق الحاصل بين التقديرين هو مقدار النقصان فان لم يحصل فرق فلا نقصان .

وذهب البعض الى تقديره من طريق البيع ، وذلك بأن تقدر قيمة الأرض قبل الزرع الواقع ، ثم تقدر قيمتها بعد الزرع الواقع ، فالفرق بين القيمتين هو مقدار النقصان . فان لم يكن بين التقديرين تفاوت فلا نقصان . وهذا الرأي هو الاقيس إلا ان المجلة اختارت الرأي الاول [م ٨٨٦][1] لأنه اوفق بحال المغصوب منه ، إذ ان ظهور الفرق من طريق البيع ضعيف ، لأن المشتري لا ينظر الى الضعف المؤقت الطارىء الممكن زواله طبيعة أو صناعة ، لأنه يشتري الارض ناظراً الى التملك الدائم فلا يلتفت الى العارض المؤقت . وهذا بخلاف الاجارة فان المستأجر ينظر الى النفع العاجل فالاضرار المؤقتة تضر

---

(١) م ٨٨٦ — نقصان الارض هو الفرق والتفاوت الذي يحصل بين اجرة الارض قبل الزراعة واجرتها بعدها .

بمنفعته المطلوبة خصوصاً إذا احتاج تلافيها الى صنع وصرف مال . فالفرق يظهر جلياً ويستبين النقص من طريق الاجارة كل الظهور والاستبانة .

الاتلاف مباشرة والاتلاف تسبباً :

الاتلاف مباشرة هو ألا يتخلل بين فعل المباشر والاتلاف فعل آخر ، كما لو ضرب أحد فرس آخر فقتلها ، وكما لو وضع أحد ناراً فى مال أحد فاحرقه .

والاتلاف تسبباً هو ان يتخلل بين فعل المباشر وبين الاتلاف شيء آخر . وبعبارة أخرى هو ان يحدث الفاعل في المفعول به أمراً يفضي هذا الأمر الى تلف شيء آخر عادة ، كما لو قطع أحد حبل قنديل معلق فسقط القنديل على الارض فانكسر ، فان انكسار القنديل لم يقع بفعل الفاعل مباشرة بل قد تخلل السقوط بين القطع والانكسار ، فالفاعل اتلف الحبل مباشرة والقنديل تسبباً ، وكذلك إذا شق أحد ظرفاً فيه سمن فتلف ذلك السمن بسبب سيلانه ، فان فعل الفاعل وهو شق الظرف لم يحدث اتلاف السمن مباشرة بدليل ان السمن لو كان جامداً لما تلف منه شيء ، بل قد تخلل بين فعل الفاعل وهو الشق وبين تلاف السمن شيء آخر وهو قوة السيلان في السمن ، لا ترى انه لو كان

جامداً لم يتلف . فالفاعل اتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً . وعلى هذه الامثلة فقس [م ٨٨٧ ، ٨٨٨][1] .

التقدم :

التقدم هو التنبيه لدفع ضرر ملحوظ وازالته قبل الوقوع . فيشترط لاعتبار التقدم اربعة امور :

١ — ان تحتمل الحالة حدوث الضرر على نفس بني آدم أو ماله .

٢ — ان تكون المضرة محتملة الوقوع احتمالاً ظاهراً ، كما لو جرى التنبيه بخصوص هدم بناء مائل للانهدام ، فان ميلانه للانهدام قرينة ظاهرة على احتمال وقوع الضرر الملحوظ . فلو وقع التقدم بخصوص بناء سالم لا يكون هذا التقدم معتبراً ولا يترتب عليه شيء ، حتى ان هذا البناء لو انهدم قضاء وقدراً بعد التقدم الواقع واتلف مالاً

---

(١) م ٨٨٧ — الاتلاف مباشرة هو اتلاف الشيء بالذات ويقال لمن فعله فاعل مباشر .

م ٨٨٨ — الاتلاف تسبباً هو التسبب لتلف شيء يعني احداث أمر في شيء يفضي الى تلف شيء آخر على جري العادة ويقال لفاعله متسبب كما ان من قطع حبل قنديل معلق يكون سبباً مفضياً لسقوطه على الارض وانكساره ويكون حينئذ قد اتلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسبباً وكذلك اذا شق أحد ظرفاً فيه سمن وتلف ذلك السمن يكون قد اتلف الظرف مباشرة والسمن تسبباً .

لأحد فانه لا يترتب على مالك البناء المذكور ضمان .

٣ — ان يكون التقدم ممن له حق المرور من محل الخطر الملحوظ فلو كان الخطر الملحوظ فى طريق خاص كان لأصحاب ذلك الطريق وحدهم حق التقدم دون غيرهم ، واذا كان الخطر الملحوظ فى طريق عام كان لكل واحد من المارة حق التقدم . واذا كان الخطر الملحوظ من جدار بين دارين كان للجار وحده حق التقدم .

٤ — وان يكون المتقدم اليه مالكاً لما يلاحظ منه الخطر . فاذا كان المتقدم اليه مستأجراً أو مرتهناً لا يعتبر التقدم الواقع اليه ولا يترتب على المالك شيء ما من الضرر اذا حدث ، لأن شرط التقدم ان يقع الى المالك [م ٨٨٩] [١] .

---

(١) م ٨٨٩ — التقدم هو التنبيه والتوصية بدفع الضرر الملحوظ وازالته قبل وقوعه .

أحكام الغصب

للغصب حكمان : اخروي ودنيوي . أما الأخروي فهو الاثم واستحقاق العقاب إذا وقع عن علم من الفاعل . ولا علاقة لنا بهذا الحكم فى بحثنا هذا .

واما الدنيوي فانواع تختلف حسب حالة المغصوب . وهذا الحكم هو موضوع بحثنا .

تختلف احكام الغصب باختلاف حالة المغصوب . وهي من حيث النتيجة ترجع الى المسائل الآتية :

١ ــ احكام الغصب حال قيام المغصوب .

٢ ــ « « « هلاك المغصوب .

٣ ــ « « « نقصان المغصوب .

٤ ــ « « « تغير المغصوب .

٥ ــ « « « زيادة المغصوب .

٦ ــ « « بعدما تصرف الغاصب في المغصوب بنوع من انواع التصرف من بيع وهبة ونحوهما ...

٧ ــ احكام الحال المساوي للغصب في ازالة التصرف .

حكم الغصب حال قيام المغصوب :

حكمه وجوب رد المغصوب الى صاحبه عيناً في مكان الغصب غير انه اذا صادف المغصوب منه الغاصب في غير مكان الغصب كان مخيراً فى ان يأخذ منه المغصوب في ذلك المحل ، وان يطلب رده اليه فى مكان الغصب ، فيتحمل الغاصب حينذاك مصاريف النقل ويبقى المغصوب في ضمانه الى ان يسلمه اليه هناك . هذا اذا كانت قيمة المغصوب فى ذلك المكان مساوية لقيمته فى مكان الغصب او ازيد ، اما اذا كانت اقل فالمغصوب منه يكون مخيراً بين ثلاثة امور : اخذ المغصوب ، اوتكليف الغاصب بان يرد المغصوب الى مكان الغصب ويسلمه اليه هناك ، او تركه اليه وتضمينه القيمة .

ويعتبر الغاصب مسترداً للمغصوب ، باثبات يده عليه ، لأنه صار مغصوباً بتفويت يده عنه ، فاذا أثبت يده عليه فقد اعاده الى يده وزالت يد الغاصب ضرورة . وذلك كما اذا كان المغصوب ثوباً فلبسه الغاصب ، أو دابة فركبها أو حمل عليها ، أو طعاماً فأكله . ففي جميع هذه الصور يصير المغصوب منه مسترداً للمغصوب ويبرأ الغاصب من الضمان ، سواءٌ علم المغصوب منه انه ملكه أو لم يعلم ، لأن اثبات اليد على العين أمر حسي لا يختلف بالعلم والجهل ، ولأن العلم ليس بشرط فى الغصب

فليس بشرط للرد، ألا ترى ان من ذبح بقرة على ظن انها بقرته ثم ظهرت انها لغيره ضمنها، لأنه غاصبٌ، والجهل لا يبرر له الفعل ولا يكونّ له عذراً [م٨٩٠][1].

حكم الغصب فى حال هلاك المغصوب :

حكمه هنا امران (١) وجوب الضمان على الغاصب (٢) ملك الغاصب للمضمون.

وكيفية الضمان هو ان المغصوب ان كان من المثليات فعلى الغاصب ان يسلم مثله فى مكان الغصب، غير انه إذا صادف المغصوب منه الغاصب في محل آخر فهو مخير بين أخذ المثل هناك وبين تكليف الغاصب بتسليمه اياه فى مكان الغصب، هذا إذا كانت قيمة المثل فى ذلك المحل مساوية لقيمته فى محل الغصب، أما اذا كانت قيمته فى المحل الثاني أقل كان المغصوب منه مخيراً، بين أن يقبل ذلك المثل، وبين أن يطلب قيمته فى مكان الغصب، وبين أن يكلف الغاصب المثل في محل الغصب. وان كانت القيمة فى المحل الثاني أزيد كان الغاصب مخيراً بين أن يسلم

---

(١) م ٨٩٠ — يلزم رد المال المغصوب عيناً وتسليمه الى صاحبه في مكان الغصب ان كان موجوداً وان صادف صاحب المال الغاصب في بلدة اخرى وكان المال المغصوب معه فان شاء صاحبه استرده هناك وانطلب رده الى مكان الغصب فصاريف نقله ومؤنة رده على الغاصب.

المثل هناك الى المغصوب منه ، وبين أن يسلم قيمته فى مكان الغصب ، وبين أن يطلب انتظاره ليسلم اليه المثل فى بلد الغصب . وليس للمغصوب منه إجبار الغاصب على تسليم المثل فى هذا المحل الثاني ، في هذه الصورة .

واذا انقطع المثل فعلى الغاصب قيمته يوم الخصومـــة وقيل يوم الانقطاع وقيل يوم الغصب ، وهو الأرجح .

وان كان المغصوب قيمياً فعلى الغاصب بعد هلاك المغصوب قيمته يوم الغصب . هذا هو معنى ضمان المغصوب [م ٨٩١] (١) .

وأما معنى ملكية الغاصب للمغصوب فهو أن المال المغصوب بعد هلاكه وضمان الغاصب يعتبر انه كان ملـكاً للغاصب ، فالملـكية تسري اليه بعد الضمان الى مبدأ الغصب . ويتفرع على هذا أن الغاصب لو كان قد باع المال المغصوب لأحـــد ثم ضمن للمغصوب منه يعتبر ذلك البيع صحيحاً نافذاً . وكذلك اذا غصبه منه شخص آخر وهلك بيد الغاصب الثاني وضمن المالك الغاصب الأول ، فان لهذا الغاصب الأول أن يضمن الغاصب الثاني لانه يعتبر غاصباً لملك الغاصب الأول .

---

(١) م ٨٩١ — كما انه يلزم ان يكون الغاصب ضامناً اذا استهلك المال المغصوب كذلك اذا تلف او ضاع بتعديه او بدون تعديه يكون ضامناً ايضاً فان كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمان الغصب ومكانه وان كان من المثليات يلزمه إعطاء مثله .

واذا سلم الغاصب المغصوب القائم الى المغصوب منه خرج من عهدة الضمان ، وكذلك اذا سلم مثله أو قيمته حالة هلاك المغصوب فانه يخرج من الضمان أيضاً [م ٨٩٢][1] .

وينظر في أمر التسليم الى أربع جهات : (١) معنى التسليم (٢) من يصلح للتسليم اليه (٣) مالو أبى المغصوب منه تسلم المغصوب (٤) حكم التسليم .

أما معنى التسليم فهو فى عين المغصوب ، رده الى المغصوب منه وقبضه إياه ، أو وضعه أمامه بصورة يقدر على أخذه فيها . ومعناه فى المثل والقيمة أن يقبضها المغصوب منه ، ولا يكفي لذلك وضعها أمامه بالصورة الآنفة الذكر [م ٨٩٣][2] بل لابد من أن يتحقق القبض الحقيقي . ووجه التفريق بين تسليم عين المغصوب وتسليم مثله أو قيمته ،

---

(١) م ٨٩٢ — اذا سلم الغاصب عين المغصوب في مكان الغصب فيبرأ من الضمان .

(٢) م ٨٩٣ — اذا وضع الغاصب عين المغصوب قدام صاحبه بصورة يقدر على اخذه فيكون قد رد المغصوب وان لم يوجد قبض في الحقيقة وأما لو تلف المغصوب ووضع الغاصب قيمته قدام صاحبه بتلك الصورة فلا يبرأ ما لم يوجد قبض في الحقيقة .

هو أن المغصوب ملك المغصوب منه فاذا وضعه الغاصب أمامه بحيث يقدر على أخذه يعتبر أن المال رجع الى صاحبه طبعاً ، وأما المثل والقيمة فهما ملك الغاصب ولا تنتقل ملكيتهما الى المغصوب منه الا بالقبض بوجه الضمان ، فما لم يتحقق القبض فان ملكيتهما تبقى لصاحبهما ، حتى ان المثل الذي قدمه الغاصب أو القيمة التي قدمها اذا هلك قبل أن يقبضه المغصوب منه قبضاً حقيقياً فانه يهلك على الغاصب .

وأما الذي يصح التسليم اليه فهو من كان بالغاً عاقلاً أو صبياً مميزاً أهلاً لحفظ المال ، فان لم يكن كذلك لا يعتبر التسليم اليه رداً للمغصوب فلو غصب أحد حلياً لطفل ثم أرجع الحلي على الطفل منفرداً أي من غير أن يكون للطفل محافظ فهذا الارجاع لا يعتبر رداً للمغصوب ، فلو هلك الحلي قبل أن يقع في حوزة المحافظ للطفل لا يبرأ الغاصب من الضمان [م ٨٩٦] [1] .

واذا أبى المغصوب منه تسلم المغصوب ، راجع الغاصب الحاكم فان كانت العين قائمة أمره بأخذها وان كانت هالكة أمره بأخذ بدلها . غير انه اذا ادعى الغاصب الهلاك وأنكره المغصوب منه فعلى الغاصب

---

(١) م ٨٩٦ — اذا كان المغصوب منه صبياً ورد الغاصب اليه المغصوب فان كان مميزاً واهلا لحفظ المال يصح الرد وإلا فلا .

إثبات ذلك بالبينة ، والا حبسه الحاكم الى أن يغلب على ظنه انه لو كان موجوداً لرده ، وبعد ذلك يحكم الحاكم بالبدل مثلاً أو قيمة . واذا اختلفا في مقــدار القيمة فالقول قول الغاصب والبينة على المغصوب منه [م ٨٩٥] [1] .

واذا كان المغصوب منه غائباً أو متغيباً أو لم يمتثل أمر الحاكم برد المغصوب وتسلمه ، فللحاكم أن ينصب وكيلاً عن المغصوب منه يسلم اليه المغصوب فيبرأ الغاصب من الضمان . كما ان المغصوب منه اذا أبى تسلم المغصوب فللغاصب أن يترك المال المغصوب أمام الغاصب بحيث يقدر على أخذه فيعتبر متسلماً حينئذ وينجو الغاصب من الضمان .

لكن يلاحظ أن الغاصب اذا أراد تسليم المغصوب الى صاحبه في محل مخوف فلصاحبه حق في عدم تسلم المغصوب في ذلك المحل ، حتى ان الغاصب لو وضع المال المغصوب امام صاحبه في ذلك المحل المخوف بحيث يقدر على أخذه وأبى صاحب المال من قبوله لا يبرأ الغاصب من الضمان ولا يعد المغصوب منه مسترداً لماله [م ٨٩٤] [2] .

---

(١) م ٨٩٥ — اذا أعطى الغاصب قيمة المال المغصوب الذي تلف لصاحبه ولم يقبله راجع الحاكم وأمره بالقبول .

(٢) م ٨٩٤ — لو سلم الغاصب عين المغصوب الى صاحبه في محل مخوف فله حق في عدم قبوله ولا يبرأ الغاصب من الضمان بهذه الصورة .

حكم الغصب في حالة تغير المغصوب :

تغير المغصوب على ثلاثة صور :

(أولا) أن يتغير بنفسه

(ثانياً) أن يغيره الغاصب بزيادة شيء من ماله

(ثالثاً) أن يغيره الغاصب بفعل يبدل إسمه بدون زيادة شيء عليه .

فاذا تغير من نفسه ، كان المغصوب منه مخيراً بين أخـــذه وتركه للغاصب مع تضمينه البدل مثلا أو قيمة . وذلك كما لو كان المغصوب عنباً مثلا فصار زبيباً [م ٨٩٧][١] .

واذا تغير المغصوب بزيادة شيء من مال الغاصب ، كما لو كان المغصوب ثوبا فصبغه الغاصب ، فبما ان مال الغاصب محترم ايضاً لا يستطيع المغصوب منه إرجاع المغصوب مع الزيادة ، والا نكون قد منعنا تعدي الغاصب واثبتنا التعدي عليه فنكون قد قابلنا الظلم بظلم ، وهو لا يجوز ، حفظاً لحرمة المالين يكون المغصوب منه مخيراً بين ان يدفع قيمة الزيادة ويسترد المغصوب وبين ان يترك المال الى صاحب الزيادة ويضمنه بدله

---

(١) م ٨٩٧ — اذا كان المغصوب فاكهة فتغيرت عند الغاصب كأن يبست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عيناً وان شاء ضمنه .

[م ٨٩٨] [1].

وإذا غير الغاصب المغصوب بحيث تبدل اسمه ، كما لو كان المغصوب حنطة فجعلها الغاصب دقيقاً أو سكراً فجعله شرابا او حديداً فجعله آنية . وهكذا فانه يملكه وعليه ضمان البدل مثلا أو قيمة ، لأنه بتغيره على هذه الصورة قد أتلفه معنى وعرفا ، فيكون ضامناً .

حكم الغصب فيما اذا طرأ على المغصوب نقصانه :

لا تخلو هذه الحالة من أربعة إحتمالات :

الاول : أن يطرأ نقص على قيمته بسبب تراجع السعر ، وفى هذه الصورة لا ضمان على الغاصب .

الثاني : أن يطرأ النقص بسبب فوات جزء من أجزاء المغصوب ، وفى هذه الصورة يلزم الغاصب الضمان ان كان يسيراً سواءً أكان ذلك النقص ناشئاً من فعل الغاصب أو لا ومثال الاول ما اذا شق الغاصب الثوب الذي غصبه وطرأ بذلك على قيمته نقصان يسير ، ومثال الثاني كما

---

(٢) م ٨٩٨ — اذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله فالمغصوب منه مخير ان شاء أعطى قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً وان شاء ضمنه . مثلا لو كان المغصوب ثوباً وكان قد صبغه الغاصب فالمغصوب منه مخير إن شاء ضمن الثوب وان شاء أعطى قيمة الصبغ واسترد الثوب عيناً .

اذا ضعف الحيوان الذي غصب فنقصت قيمته نقصاناً يسيراً فعلى الغاصب رده مع ضمان نقصان القيمة ، فقول المادة (٩٠٠) « بسبب استعمال الغاصب » ليس بقيد إحترازي بل اكثري.

وان كان النقص فاحشاً كان المغصوب منه مخيراً بين أن يضمن الغاصب نقصان القيمة وبين أن يترك المغصوب له ويأخذ منه تمام القيمة.

ويعرف مقدار النقص بتقويم المغصوب قبل طروء النقص عليه وتقويمه بعد ذلك ، فالفرق بين القيمتين هو مقدار النقص ، فان كان اقل من ربع القيمة فهو يسير ، وإلا فهو فاحش [م ٩٠٠][1] .

ومن الفقهاء من ذهب الى ان الفاحش ما بلغ نصف القيمة . ومنهم من قال هو ان يخرج الشيء عن استعماله فيما وضع له ، كأن تخرج الثياب عن صلاحية استعمالها ثياباً .

---

(١) م ٩٠٠ — اذا تناقص سعر المغصوب وقيمته بعد الغصب فليس لصاحبه أن لا يقبله ويطالب بقيمته التي في زمان الغصب ولكن اذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب فيلزم الضمان مثلا اذا ضعف الحيوان الذي غصب ورده الغاصب الى صاحبه فيلزم ضمان نقصان قيمته كذلك اذا شق الثوب الذي غصب وطرأ بذلك على قيمته نقصان فان كان النقصان يسيراً يعني لم يكن بالغاً ربع قيمة المغصوب فعلى الغاصب ضمان نقصان قيمته وان كان فاحشاً أعني ان كان النقصان مساوياً لربع قيمته أو ازيد فالمغصوب منه بالخيار ان شاء ضمنه نقصان القيمة وان شاء تركه للغاصب وأخذ منه تمام قيمته .

الثالث : ان يطرأ النقص بسبب زوال وصف مرغوب فيه كالصياغة ، وكالنقش فى بعض الادوات ، وكالسمع والبصر فى الحيوان . وفي هذه الصورة ان لم يكن المغصوب من الاموال الربوية لزم الغاصب ضمان النقصان ، وان كان من الاموال الربوية كان المغصوب منه مخيراً بين ان يسترد المغصوب عينه من دون ضمان وبين ان يتركه للغاصب ويضمنه مثله . وليس له ان يسترد عينه مع تضمين الغاصب النقصان ، توقياً من الربا .

الرابع : ان يطرأ النقص بسبب زوال معنى مرغوب فيه كالتعلم في كلب الصيد ، وكالتطبع فى الفرس . وفي هذه الصورة يلزم الغاصب ضمان النقصان على الوجه الذي مر في الصورة الثانية .

حكم الغصب بعدما تصرف الغاصب فى المغصوب بنوع من انواع التصرف :

إذا خرج المغصوب من يد الغاصب الى يدٍ أخرى بطريق العقد فان بقي المغصوب كان للمالك المغصوب منه حق الخيار ، بين اجازة العقد الواقع ، وبين طلب استرداد عين المغصوب من واضع اليد ، وبين تضمين الغاصب . وان كان المغصوب قد هلك كان للمغصوب منه المالك الخيار بين تضمين الغاصب وبين تضمين ذي اليد . وإذا ضمن الثاني فانه يرجع على الاول بما أداه اليه من المال لا بما ضمن . وذهب

أبو حنيفة الى ان المالك في هـــذه الصورة ليس له إلا تضمين الغاصب فقط ، وليس له تضمين ذي اليد لأن ذا اليد قد أخذ المال من الغاصب بعقد ، أي بوجه شرعي ظاهراً فلم يصدر منه أي تعد ، اللهم إلا إذا كان هذا يعلم ان المال المذكور مغصوب فانه يعد متعدياً حينئذ فللمالك تضمينه ان شاء . ووجه تضمين الثاني هو انه يعد غاصب الغاصب وسيأتي الكلام عن الحكم في غاصب الغاصب .

حكم الاحوال المساوية للغصب في ازالة التصرف :

الأحوال التي تساوي الغصب فى ازالة تصرف المالك حكمها حكم الغصب ، أي ان الفاعل يكون ضامناً للمال عند هلاكه بسبب تعديه وازالة تصرف مالكه فيه حالة التعدي ، فالعلة فى ضمان المغصوب متحققة فى هذه الأحوال ، فيلزم فيهان الضمان .

والأمثلة على ذلك :

١ — إذا تعدى المشتري على المبيع وفاء وتلف فان المشتري يضمن الزيادة على الدين .

٢ — إذا حبس الأجير المأجور الذي ليس لعمله أثر فيه فتلف ، ضمن ، لأن الحبس المذكور بحكم الغصب .

٣ — إذا تجاوز مستأجر الدابة الحمل المعين في العقد أو استعملها

اكثر من مدة الاجارة فتلفت ضمنها ، لأن عمله هذا بحكم الغصب .

٤ — لو كفل أحد دين أحد على ان يؤديه من المال المودع عنده للمدين فرد الوديعة المذكورة الى المدين ، ضمن للدائن مقدار الوديعة ، لأن ذلك الرد بحكم الغصب (انظر المادة ٦٥٠) .

٥ — فى الحوالة المقيدة إذا رد المحال عليه الى المحيل العين التي تقيدت بها الحوالة ضمن للمحال له مقدار قيمتها ، لأن ذلك بحكم الغصب (انظر المادة ٦٩٢) .

٦ — إذا أتلف المرتهن الرهن أو عيبه كان بحكم الغاصب فيضمن (انظر المادة ٧٤١) .

٧ — إذا باع المرتهن الرهن الذي يخاف فساده ، أو زوائد الرهن التي يخاف فسادها ، بدون إذن الحاكم مع امكان مراجعته الحاكم ، كان بحكم الغاصب فيضمن (انظر المادة ٧٥٩) .

٨ — من وجد شيئاً في الطريق فأخذه لنفسه كان بحكم الغاصب فيضمنه لو هلك (انظر المادة ٧٨٩) .

٩ — من سلم دراهم لأحد ليعطيها لدائنه وقد أمره ان لا يدفعها اليه بعد ان يظهر في السند ، أو ان يأخذ منه وصلاً بها ، فسلمها ولم يمتثل الأمر ، فاذا طالب الدائن المدين ولم يستطع اثبات تسليم الوكيل الدين

المذكور ، فأدى المدين الدين ثانية كان الوكيل بحكم الغاصب فيضمن لموكله ما تلف عليه بسبب عدم أخذ الوصل أو عدم التظهير (انظر المادة ١٥١٥) .

١٠ — إذا انكر المستودع الوديعة كان بحكم الغاصب فيضمن إذا هلكت بعد الانكار [م ٩٠١][1] .

حكم الحال الشبيهة بالغصب :

المراد من الحالة الشبيهة بالغصب هو أن يزول تصرف المالك لسبب استيلاء احد عليه من دون قصد بل بسبب اضطراري ، وذلك كما لو سقط جبل بما عليه من الروضة على الروضة التي تحته ، وكما اذا سقط من يد احد لؤلؤة فالتقطتها دجاجة ، والحكم هنا ان الضمان ضروري نظراً الى زوال تصرف المالك في ملكه لخروجه من يده ودخوله حكماً تحت يد مالك المال الثاني ، غير انه لما لم يكن صاحب المال الثاني مستولياً قصداً فليس من العدل إرغامه على الضمان ، كما انه ليس من العدل حرمان صاحب المال المستولى عليه من ملكه ؛ ففي تخصيص التضمين

---

(١) م ٩٠١ — الحال الذي هو مساو للغصب في ازالة التصرف حكمه حكم الغصب كما ان المستودع اذا انكر الوديعة يكون في حكم الغاصب وبعد الانكار اذا تلفت الوديعة في يده بلا تعد يكون ضامناً .

بأحد الطرفين دون الآخر ضرر . فاذا خصصنا الضمان بأي منهما نكون قد أضررناه ، وإذا لم نضمن أحداً نكون قد اضررنا أحد الشخصين ، فعليه وبناء على القاعدة الفقهية « الضرر يزال » والقاعدة الفقهية « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » والقاعدة « يختار أهون الشرين » كان الحكم هنا أن الطرفين إذا لم يتفقا فيما بينهما على وجه كان لصاحب المال الاكثر قيمة أن يضمن قيمة المال الأقل قيمة ويتملكه ، وإذا كان المالان متساويين ولم يتفقا على وجه بينهما يباع المالان ويقسم الثمن بين الطرفين (انظر المادة ٩٠٢) .

حكم زوائد المغصوب :

تقدم عند الكلام في تعريف الغصب وأركانه ، أن الغصب لا يجري في زوائد المغصوب ومنافعه .

فزوائد المغصوب الحادثة عند الغاصب تعتبر امانةً بيده لا يضمنها اذا هلكت بلا تعد أو تقصير منه ، ويضمنها ضمان اتلاف إن هلكت بتعد منه أو تقصير . نعم اذا طلب المغصوب منه زوائد المغصوب المنفصلة وامتنع الغاصب عن تسليمها اليه فانها تكون مضمونة عليه ، فاذا هلكت في يده بعد ذلك ضمنها ، لأن يده انقلبت بعد الطلب والامتناع ، من الأمانة الى حالة مساوية للغصب ، وقد تقدم ان الحالة المساوية للغصب

حكمها حكم الغصب فى الضمان .

وأما الزوائد المتصلة فلعدم امكان تسليمها لا يعد الغاصب ممتنعاً عن التسليم إذا طلبها المغصوب منه ، فهي أمانة مطلقاً .

وانما اعتبرت زوائد المغصوب أمانة لأنها وقعت في يد الغاصب بخلق الله تعالى لها حالة حوزه على المغصوب ، فلم تصدر منه إزالة يد محقة عن تلك الزوائد ، فهي أمانة بيده اذن [م ٩٠٣][1] .

والمراد من الزوائد هي الأشياء التي تتولد من المغصوب ، أو تعتبر عرفاً من ثمرات المغصوب ، فالأول كاللبن والصوف في الغنم ، والثاني كعسل النحل التي اتخذت مأوى في روضة فان عسلها في تلك الروضة يعتبر من ثمراتها عرفاً ، وان لم يكن صاحب الروضة قد أعد روضته لاستحصال العسل من النحل فيها . فاذا أخذ أحد مثل هذا النوع من العسل من روضة أحد يعتبر غاصباً للعسل [م ٩٠٤][2] .

---

(١) م ٩٠٣ — زوائد المغصوب لصاحبه واذا استهلكها الغاصب يضمنها مثلا اذا استهلك الغاصب لبن الحيوان المغصوب أو فلوه الحاصلين حال كون المغصوب في يده أو ثمر البستان المغصوب الذي حصل حال كون المغصوب في يده ضمنها حيث انها أموال المغصوب منه كذلك لو اغتصب احد بيت نحل العسل مع نحله واستردها المغصوب منه يأخذ ايضاً العسل الذى حصل عند الغاصب .

(٢) م ٩٠٤ — عسل النحل التي اتخذت في روضة احد مأوى هو لصاحب الروضه واذا أخذه واستهلكه غيره يضمن .

وهذا بخلاف الحكم في بيض الطيور التي اتخذت كناناً في الروضة فانه لا يعد من ثمراتها فيجوز لسائر الناس أخذه . أما إذا كان صاحب الروضة قد أعدها لجمع البيض فيها فانه يملكه حينئذ وليس لأحد أخذه . وكذلك الحكم في الطيور نفسها . ووجه الفرق بين مسألة العسل وبين مسألة البيض أو الطيور هو ان الطيور انما تتخذ الكنان في الحديقة لتأوي اليها لا للبقاء الأبدي فانها قد تختار التنقل إلى محل آخر ، وكذلك البيض بعد الفقس يصير طيوراً فلا يعد البيض أو الطيور كجزء من الروضة ، بخلاف العسل فانه في الروضة يحصل على وجه البقاء فيها طبيعة فهو كجزء من الروضة . وهنا وجه آخر وهو ان العسل المذكور ربما قد يحصل من أزهار الروضة التي هي ملك صاحبها فكان من ثمرات ملكه بخلاف البيض والطيور .

وأما النحل نفسه التي اتخذت مأوى في روضة أحد فلسائر الناس أخذها لأنه بحكم سائر الطيور بل بحكم سائر الحشرات ، أللهم إلا اذا كان صاحب الروضة قد أعد روضته لغرض الحوز على النحل ، فلهذا قالت المادة « عسل النحل » نخصت حكم الغصب بالعسل وحده .

حكم منافع المغصوب :

منافع المغصوب لا تعتبر مغصوبة على ما مر في تعريف الغصب غير

انه استثني من ذلك منافع المغصوب اذا كانت مال وقف أو مال صغير أومعداً للاستغلال على الوجه الذي سبق بحثه في كتاب الاجارة ، فلنراجع المواد ٥٩٦ و٥٩٧ و٥٩٨ و٥٩٩ وشرحها .

الاحكام المتعلقة بوضع أحد يده على عقار الغير

— غصب العقار —

تعبير غصب العقار الوارد في المجلة تعبير مجازي ، لان الظاهر من أحكام المجلة انها قد اختارت مذهب أبي حنيفة من أن الغصب لايجري في العقار .

فاذا وضع أحد يده على عقار غيره بدون إذنه يعتبر متعدياً ولايسمى غاصباً نظراً لما ذهبت اليه المجلة . ولكن عدم كونه غاصباً لاينفي عنه الضمان مطلقاً ، لأن الضمان لايختص بحالة الغصب فقط . واليك تفصيل الحكم في التعدي على عقار أحد :

يجب على المعتدي على العقار أن يرفع تعديه عليه ، وأن يرده الى صاحبه من دون أن يغيره أو ينقصه ، فاذا طرأ على قيمة العقار قبل رده الى صاحبه نقصان بسبب صنع الغاصب أو بسبب فعل أجراه في العقار

فانه يضمن النقصان بسبب تعديه . ويتفرع على ذلك الاحكام الآتية :

(الأول) اذا وضع أحد يده على دار آخر بدون إذن منه فاذا هدم محلاً من الدار ، أو انهدم ذلك المحل بسبب سكنى المعتدي وطرأ على قيمتها نقصان فان الغاصب « المعتدي » يضمن مقدار النقصان . وكذلك لو احترقت الدار من النار التي أوقدها الغاصب فى الدار ، فانه يضمن قيمتها مبنية ، أي قيمة البناء قائماً .

أما لو هلكت الدار المعتدى عليها او انهدم شيء من محلاتها من غير صنع للغاصب او فعل له فيها ، بل هلكت قضاءً وقدراً او بفعل شخص أجنبي ، فلا ضمان على غاصب الدار ، لأن الغصب لا يجري فى العقار فلا يدخل العقار فى ضمانه . ولكن اذا كان مسبباً للهلاك أو النقصان ، فانه يضمن كما مر في المثالين السابقين ومثل الدار في هذا الحكم سائر المسقفات والضمان هنا ضمان اتلاف .

ويستثنى من القول بأن الغصب لا يجري فى العقار أربعة أشياء : المعد للاستغلال ، وعقار الوقف ، وعقار اليتيم ، وعقار بيت المال . فانها تعتبر مغصوبةً اذا وضع أحد يده عليها تعدياً فيعتبر غاصباً ضامناً لتلك العقارات مطلقاً ، أي انه اذا هلكت أو حصل فيها نقص ضمن الغاصب ولو كان هذا النقص او الهلاك بسبب سماوي أو بفعل أجنبي ، اي ان

الضمان هنا ضمان غصب . وسبب إستثناء هذه الأشياء من حكم العقار هو طمع الناس وجرأتهم على اغتصاب الوقف ومال اليتيم وبيت المال ، وان المعد للاستغلال ملحق بهؤلاء . واني ارى ان لايضمن العقار المعد للاستغلال اذا سكنه الغاصب أو غيره بل تضمن حينئذ منافعه فقط وهي السكنى فيه ، لأن المعد للاستغلال اذا سكنه أحد كان بحكم المستأجر له ، ولهـــذا يضمن أجرة المثل . والمأجور أمانة بيد المستأجر [م ٩٠٥][1] .

(الثاني) من بنى فى أرض الغير او غرس فيها بدون إذنه كان للمالك أن يكلف الغاصب بقلع ما بنى او غرس مهما كانت قيمته ، ومهما يتحمل من جراء ذلك من الاضرار والمصاريف ، لأنه هو المعتدي فهو المضيع لماله والمسبب لضرره . واذا كان القلع مضراً بالأرض كان للمالك أن يتملك البناء او الغرس بقيمته مستحقاً للقلع .

ويستثنى من هذا الحكم ان من بنى او غرس فى أرض الغير بزعم

---

(١) م ٩٠٥ — المغصوب ان كان عقاراً يلزم الغاصب رده الى صاحبه من دون ان يغيره وينقصه واذا طرأ على قيمة ذلك العقار نقصان بصنع الغاصب وفعله يضمن قيمته مثلا لو هدم احد محلا من الدار التي غصبها أو انهدم بسبب سكناه وطرأ على قيمتها نقصان يضمن مقدار النقصان كذلك لو احترقت الدار من النار التي أوقدها الغاصب يضمن قيمتها مبنية .

سبب شرعي ، فان الباني أو الغارس لايجبر على القلع مطلقاً بل يترتب عليه الحكم الآتي وهو : إن كانت قيمة الارض اكثر من قيمة البناء أو الغرس كان لصاحب الارض ان يتملك البناء او الغرس بقيمته مستحقاً للقلع ان كان القلع مضراً بالأرض . وان كانت قيمة البناء او الغرس اكثر من قيمة الأرض كان لصاحب البناء او الغرس ان يتملك الارض بقيمتها فارغةً منهما . واذا أبى صاحب البناء او الغرس من تملك الارض في هذه الصورة ينبغي ان يجبر على القلع اذا طلب صاحب الارض ذلك وفى هذه الحالة اذا كان القلع مضراً كان له ان يتملك البناء بقيمته مستحقاً للقلع مهما كانت قيمته .

واذا كانت ق البناء او الغرس مساوية لقيمة الارض ، فان اتفقا على شيء فيها ، والا باع الارض بما فيها ويقسم الثمن بين صاحب الارض وصاحب البناء أو الغرس .

والمراد من زعم السبب الشرعي ، هو وجود سبب من أسباب التملك فى الظاهر عند انشاء البناء او الغرس وذلك كأن يتلقى الباني أو الغارس الارض إرثاً او هبةً او وصية او شراء من أحد ثم يظهر لها

مستحق يثبت انها ملكه [م ٩٠٦][1].

ويجدر بنا أن تفصل البحث عن البناء أو الغرس فى أرض الغير حسب انواعها، واليك التفصيل :

ان الأراضي على خمسة انواع : (١) الأراضي المملوكة (٢) الأراضي الاميرية (٣) الأراضي الموقوفة (٤) الأراضي المتروكة (٥) الأراضي الموات .

أما النوع الاول فلا يخلو الباني أو الغارس من ان يكون شريكا فى الارض اولا، فان كان شريكا فيها فانه يطبق عليه حكم المادة (١١٧٣) وان كان غير شريك فلا يخلو الامر من اربع صور :

١ — أن ينشأ البناء أو الغرس باذن المالك على ان تكون للمنشيء، وحكم هذه الصورة ان الاذن إما ان يكون بطريق الاجارة فيطبق عليه

---

(١) م ٩٠٦ — ان كان المغصوب ارضاً وكان الغاصب انشأ عليها بناء أو غرس فيها اشجاراً يؤمر الغاصب بقلعها وان كان القلع مضراً فللمغصوب منه ان يعطي قيمته مستحق القلع ويضبط الارض ولكن لو كانت قيمة الاشجار او البناء ازيد من قيمة الارض وكان انشأ أو غرس بزعم سبب شرعي كان حينئذ لصاحب البناء أو الاشجار ان يعطي قيمة الارض ويتملكها . مثلا لو انشأ احد على العرصة الموروثة له من والده بناء بمصرف ازيد من قيمة العرصة ثم ظهر لها مستحق فالباني يعطي قيمة العرصة ويضبطها .

حكم المادة (٥٣١) ، وإما ان يكون بطريق الاعارة فيطبق عليه حكم المادة (٨٣١) .

٢ ــ أن ينشأ البناء أو الغرس باذن المالك على ان يكون للمالك نفسه . وحكم هذه الصورة ان البناء أو الغرس يكون ملكا للمالك ، ويرجع عليه الباني أو الغارس بما صرف ، بالقدر المعروف .

٣ ــ أن ينشأ البناء او الغرس بدون إذن المالك على أن يكون للمالك ، وحكم هذه الصورة ان ما انشأه يكون لمالك الارض ، ويعتبر المنشيء متبرعا بما صرف فليس له الرجوع .

٤ ــ أن ينشأ ذلك بدون إذن المالك على أن يكون البناء أو الغرس للمنشيء نفسه ، وحكم هذه الصورة هو ما ذكر فى متن المادة (٩٠٦) التي نحن بصددها .

وأما النوع الثانى ، فلا يخلو الباني أو الغارس من ان يكون شريكا او لا ، وأحكامه كأحكام النوع الاول فى الصور الاربع .

وأما النوع الثالث ، فله خمس صور :

(أ) ان يصدر ذلك من متولي الوقف وان يكون المصروف من مال الوقف ، وحكم هذه الصورة ان البناء او الغرس يكون وقفاً ، سواء ذكر المتولي ان ما انشأه هو للوقف او هو لنفسه او لم يذكر شيئاً ، وسواء أشهد على ذلك او لم يشهد .

(ب) أن يصدر ذلك من المتولي وان يكون المصروف من ماله لا من مال الوقف ، وحكم هذه الصورة انه اذا ذكر انه انما انشأ ذلك للوقف ، أو لم يذكر شيئاً ، او ذكر انه انما بنى ذلك لنفسه ولكن لم يشهد على ذلك ، كان البناء أو الغرس وقفاً ، وان ذكر حين الانشاء انه قد انشأ ذلك لنفسه واشهد على هذا ، كان البناء له ويعد غاصباً لارض الوقف فيعزل من التولية لخيانته ويجبر على القلع إن لم يكن القلع مضراً بالارض ، فان كان مضراً كان للمتولي ان يتملك البناء او الغرس بأقل القيم الثلاث إن كان في التملك مصلحة في الوقف .

(ج) ان يصدر ذلك من شخص آخر باذن المتولي ، على ان يعود البناء او الغرس الى الوقف ، وحكم هذه الصورة ان البناء او الغرس يكون وقفاً ويرجع الباني او الغارس على المتولي إضافة للوقف ، بما صرف بالقدر المعروف .

(د) ان يصدر ذلك من شخص آخر من ماله بدون إذن المتولي ، على ان يكون ذلك للوقف ، وحكم هذه الصورة ان البناء أو الغرس يكون تبرعاً للوقف فلا رجوع للمنشيء على أحد ، غير ان ما حصل من التعمير بسبب الانشاء المذكور ان كان نافعاً للوقف ابقي ، وإلا يؤمر المنشيء بارجاع الوقف الى حالته الاصلية .

(٥) ان يصدر ذلك من شخص آخر من ماله بدون إذن المتولي وان يذكر ان ما ينشئه لنفسه أو لا يذكر شيئاً ، وحكم هذه الصورة ان ما انشأه يكون ملكه ويعد غاصباً ، فيطبق عليه حكم الفقرة الاولى من المادة (٩٠٦) ولو كان الانشاء أو البناء بزعم سبب شرعي ، لأن هذا الزعم لا ينظر اليه فى الوقف .

ويلاحظ ان المتصرف بعقار الوقف ذي الاجارتين ، إذا احترق العقار وبناه المتصرف من ماله كان البناء ملكه . وبناء عليه يورث البناء المذكور عنه ، ويتصرف فيه تصرف الملاك . اللهم إلا إذا ذكر وقت البناء انه انما بناه للوقف .

وأما النوع الرابع كالطريق العام والمصلى والمقبرة والمراعي ، فبما انه لامالك معين لها ، فلا يتصور فيها صدور الأذن من مالك . وبناء عليه يعد الباني أو الغارس فيها غاصباً مطلقاً ويؤمر بالقلع ولو كان البناء بزعم السبب الشرعي .

وأما النوع الخامس فان حصل إحياؤها من أحد باذن ولي الأمر على ان يملكها ، فتكون الارض وما فيها ملكاً للباني أو الغارس . وان حصل الاحياء باذن ولي الأمر لا على ان يملكها ، فانه حينئذ يملك التصرف فيها ويبقى بناؤه أو غرسه على حاله . وان حصل الاحياء بدون

إذن كان غاصباً فيؤمر بالقلع . ولـكن يلاحظ فى هذه الصورة ان « قانون تسوية الاراضي » انشأ احكاماً جديدة من حيث تقسيم الاراضي وما يتعلق بالموات منها خصوصاً فلتراجع .

(الثالث) إذا غصب أحد أرض غيره وزرعها فان حصل من تلك الزراعة نقص فى الارض ضمن الزارع مقدار النقص لأنه قد عيب مال الغير . وان لم يحصل من ذلك نقص لا يضمن شيئاً إلا إذا كانت الارض معدة للاستغلال فيضمن أجرة المثل . وإذا كان قد تعورف إعداد تلك الارض لاعطائها بالمزارعة بربع الحاصل او نصفه مثلاً ضمن الزارع هذا المقدار من الحاصل [م ٩٠٧](١) .

(الرابع) إذا شغل أحد عرصة آخر بوضع شيء فيها فانه يجبر على رفع ذلك الشيء وتخلية العرصة . فاذا هدم أحد جداره ووضع النقض في عرصة غيره كان لصاحب العرصة اجبار صاحب الانقاض على رفعها . وكذلك إذا وضع أحد امواله فى دكان غيره . وكذلك إذا وضع أحد

---

(١) م ٩٠٧ — لو غصب احد عرصة آخر وزرعها ثم استردها صاحبها يضمنه نقصان الارض الذي ترتب على زراعته . كذلك لو زرع احد مستقلاً العرصة التي يملكها مشتركاً مع آخر بلا اذنه فبعد اخذ حصته من العرصة يضمنه نقصان حصته من الارض الذي ترتب على زراعته .

قمامة في الطريق العام أو الخاص امام دار غيره فان لصاحب الدار إجباره على رفع ذلك . وكذلك إذا وضع أحد الاوساخ والقمامة وغيرها في المأجور كان عليه رفعها بعد انتهاء الاجارة .

وان وجوب تخلية المأجور بعد انتهاء مدة الاجارة متفرع على حكم هذه المادة والمواد التي قبلها والتي سبق ذكرها في هذا الفصل [م ٩٠٩] (١) .

ويلاحظ ان لا حرمة لعمل الغاصب في المغصوب وان كان قد صرف في سبيل ذلك العمل من ماله ، لأن العمل نفسه تعد ، فهو مجبور بالكف عن التعدي لا بالتعويض عما صرف من مجهود وعمل . وهذا بخلاف ما إذا زاد شيئاً من ماله في المغصوب على ما تقدم سابقاً ، ويتفرع على هذه الملاحظة :

ما إذا حرث الغاصب للأرض تلك الأرض المغصوبة أو سمدها فالمغصوب منه اذا استرد ارضه لا يضمن للغاصب شيئاً لأن الحرث ليس بمال متقوم ، والسماد باختلاطه بالتراب اصبح غير متقوم فلا يضمن المالك للغاصب شيئاً عند استرداده ارضه محروثة مسمدة . ولكن إذا

---

(١) م ٩٠٩ — لو شغل احد عرصة آخر بوضع كناسة او غيرها فيها يجبر على رفع ما وضعه وتخلية العرصة .

احدث الغاصب في الأرض المغصوبة شيئاً متقوماً ، فان حق الغاصب لا يبطل فيما احدثه بل له قلع ما احدثه ، وإذا اضر القلع بالأرض المغصوبة ولم يرض المالك بالقلع كان على المالك ان يدفع للغاصب قيمة ما احدثه مستحقاً للقلع [م ٩٠٨][1] .

حكم غاصب الغاصب

المغصوب لا يخلو من أمرين :

الأول : ألا يخرج من يد الغاصب الى يد غيره .

الثاني : ان يخرج من يد الغاصب الى يد غيره .

أما الاول : فقد تقدمت احكامه فيما مضى .

وأما الثاني : فلا يخلو من حالتين :

الاولى : ان يخرج الى يد الغير بطريق العقد .

الثانية : ان يخرج الى يد غيره بطريق الغصب .

وقد سبق بيان حكم الحالة الاولى في الفصل السابق . واليك تفصيل حكم الحالة الثانية وهي المبحوث عنها فى المجلة فى هذا الفصل :

(أ) إذا غصب أحد من الغاصب المال المغصوب واتلفه ، أو

---

(١) م ٩٠٨ — اذا كرب احد ارض آخر غصباً ثم استردها صاحبها فليس للغاصب مطالبة اجرة في مقابلة الكراب .

تلف في يده فان لصاحب المال ان يضمن الغاصب أو ان يضمن غاصب الغاصب ، فهو مخير في التضمين ، غـير انه اذا إختار تضمين أحدهما ليس له ان يطلب تضمين الآخر ، لأن التضمين تمليك للمضمن ، فيبرأ الثاني من مطالبة المغصوب منه .

والفرق بين تضمين الغاصب وغاصب الغاصب ان الغاصب يضمن قيمة المغصوب يوم الغصب فى مكان الغصب ، وان غاصب الغاصب يضمن قيمة المغصوب يوم غصبه هو من الغاصب الاول فى مكان الغصب الثاني .

واذا ضمن المالك الغاصب كان لهذا الغاصب أن يضمن غاصب الغاصب أي الشخص الذي غصب منه المال المغصوب . ووجـه حق التضمين هنا ان الغاصب قد ملك المغصوب بتضمين المالك اياه .

واذا ضمن المالك غاصب الغاصب فليس لهذا الرجوع بشيء على الغاصب لأن الغاصب كان قد خرج المال من يده الى يد غاصب الغاصب [م ٩١٠][1] .

---

(١) م ٩١٠ — غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فاذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر واتلفه او تلف فى يده فالمغصوب منه مخير ان شـاء ضمنه الغاصب الاول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني وله ان يضمن مقداراً منه الاول والمقدار الآخر الثاني وبتقدير تضمينه الغاصب الاول فهو يرجع على الثاني واما اذا ضمنه الثاني فليس للثاني ان يرجع على الاول .

تقدم الكلام في الفصل السابق ان على الغاصب أن يرد المغصوب لصاحبه فلا يبرأ من الضمان ما دامت يده قائمة على المغصوب ، ولكن غاصب الغاصب يبرأ من الضمان إذا رد المغصوب إلى صاحبه أو إلى الغاصب . ووجه ارتفاع الضمان عنه برده إلى الغاصب هو انه بالرد اليه قد فسخ عمله وهو الغصب ، فلا يبقى للمالك حق الخيار في التضمين ، بل يبقى تضمينه محصوراً فى الغاصب فقط .

ثم ان الرد الى الغاصب على صورتين :

الأولى : أن يرد عين المغصوب الى الغاصب رضاء أو قضاء . وحكم هذه الصورة براءة غاصب الغاصب ، بلا خلاف .

الثانية : أن يرد مثل المغصوب أو قيمته إلى الغاصب رضاء أو قضاء وحكم هذه الصورة براءة غاصب الغاصب ايضاً عند الجمهور . وذهب أبو يوسف إلى عدم البراءة فى هذه الصورة ما لم يرد المثل أو القيمة الى المالك ، لأنه بهلاك المغصوب فى يد غاصب الغاصب أصبح غاصب الغاصب مديناً للمالك ، فاعطاؤه القيمة أو المثل ايفاء للدين لا ابطال لعمل الغصب ، وايفاء الدين لا يعتبر إلا بالتسليم الى الدائن أو نائبه ، والغاصب ليس بمالك ولا بنائب عن المالك .

ثم ان الرد المذكور ـ أى رد غاصب الغاصب المال الى الغاصب ـ

لا يثبت إلا بتصديق المالك أو بالبينة ، فلا يعتبر اقرار الغاصب بالرد اليه في حق المالك ، بل في حق نفسه فقط . فاذا أقر الغاصب بان غاصب الغاصب قد رد المغصوب اليه لا يؤثر ذلك فى حق المالك بل يبقى خياره فى التضمين . نعم انه يؤثر في حق الغاصب فقط ، وبناء على هذا اذا ضمن المالك الغاصب الأول بعد اقراره بالرد اليه لا يبقى لهذا الغاصب حق في تضمين الغاصب الثاني ، لأنه باقراره قد ثبت رد المغصوب اليه فلا يبقى له حق فى طلب التضمين .

الاتلاف

الاتلاف اما أن يرد على بني آدم أو على أموالهم . ويترتب عليه أما حق عقابي فقط ، كقتل النفس عمداً ، أو حق ضماني فقط كما لو زلق أحد وسقط على مال أحد فأتلفه ، أو ان يتوجه فيه الحقان معاً كما لو سرق أحد مال الآخر واستهلكه .

أما البحث عن الاتلاف الوارد على بني آدم فمذكور في فصل الجنايات من الكتب الفقهية . والبحث عن الحقوق العقابية المترتبة على الاتلاف مسطور فى قانون العقوبات وفي قسم العقوبات من الكتب الفقهية ، الا ان العمل اليوم على الأول . فالبحث فى موضوعنا هنا يدور على حكم الاتلاف من حيث الضمان . وهو أما أن يقع مباشرة أو تسبباً . وأما أن يصدر من آدمي أو من غيره ، فلهذا عقدت المجلة لكل من هؤلاء فصلاً على حدة .

ان الاتلاف لا يوجب الضمان إلا إذا تحققت فيه شروط وجوب الضمان وهي :

١ — أن يكون المتلف مالاً متقوماً مملوكاً .

٢ — أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان ، فلا ضمان للاتلاف الصادر من العجماوات .

٣ — أن يكون في وجوب الضمان فائدة ، فلا ضمان فى اتلاف مال الحربي في دار الحرب .

أما عصمة المال ، فليست بشرط لوجوب الضمان ، فان الصبي يؤاخذ بما اتلفه وان لم يثبت عصمة المال فى حقه . مثلا لو كسر الصبي كأس أحد ضمنه الصبي من ماله ، ان كان له مال ، فان لم يكن له مال ، ينتظر الى حال يساره وغناه فلا يتوجه الضمان إلى وليه أو وصيه ، و كذلك لو وسخ الصبي ثوب أحد وأدى ذلك الى ضرر فى الثوب كان لصاحب الثوب تضمين الصبي من ماله [م٩١٦][1] .

و **كذلك العلم** ، بكون المتلف مال الغير ليس بشرط لوجوب الضمان حتى لو أتلف أحد مالاً على ظن انه ملكه ثم تبين انه ملك غيره ، فانه يضمن [م٩١٤][2] .

والضمان المترتب على الاتلاف ضمان المثل ان كان مثلياً وضمان القيمة

---

(١) م ٩١٦ — اذا اتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولا يضمن وليه .

(٢) م ٩١٤ — لو اتلف احد مال غيره على زعمه انه ماله يضمن .

يوم الاتلاف ان كان قيمياً وضمان قيمة المثل يوم الخصومة ان كان مثلياً قد انقطع مثله .

حكم مباشرة الاتلاف :

إذا أتلف أحد مال غيره بلا اذنه مباشرةً ، اتلافاً كلياً وجب الضمان لصاحب المال على المتلف سواء أكان الاتلاف قصداً أو غير قصد ، وسواء أتلفه وهو بيد صاحبه أو فى يد أمينه ـ كما لو اتلف عمر مال خالد الذي هو وديعة بيد زيد ، وكما لو أتلف أحد المأجور الذي فى يد المستأجر ، وهكذا .

أما لو أتلف المال الذي هو فى يد الغاصب كان المغصوب منه مخيراً بين تضمين الغاصب ضمان غصب وهو حينئذ يرجع على المتلف ، وبين تضمين المتلف ضمان اتلاف ولا رجوع له على أحد .

وانما قلنا بدون اذنه ، لأنه لو أتلفه باذن مالكه صراحة أو دلالة لا ضمان عليه . مثلاً لو قال أحد لآخر احرق مالي هذا ، فأحرقه ، لا ضمان عليه وإن ندم الآمر بعد ذلك . وكذا لو زار شخص أحداً في داره ، فأمره أن يجلس على وسادة هناك فجلس عليها فانكسر مال كان تحت الوسادة ، فانه لا ضمان على الجالس . وكذا لوانقطع أمل أحد من حياة كبشه مثلا فذبحه شخص لاضمان عليه ، لوجود الاذن دلالة . وإذا

أنكر المالك انقطاع الأمل من الحيوان فعلى الذابح إثبات ذلك للتخلص من الضمان ، وإلا فان حلف منكر الانقطاع فعلى الذابح ضمان القيمة يوم الذبح ، والقول قوله في المقدار . وقس على هذه الأمثلة التي فيها الاذن دلالة ولا يختلف العمل فيها باختلاف الناس . أما اذا اختلف العمل فيها باختلاف الناس فالضمان ثابت . مثلا لو ذبح أحد كبشه وعلقه للسلخ فسلخه شخص آخر إعتماداً على الاذن دلالة كان له حق تضمينه إن حصل ضرر ، لأن السلخ يختلف باختلاف السالخين .

والحاصل ، ان هنا أحكاماً أربعة :

١ — من أتلف مال غيره الذي بيده قصداً ، ضمن . كما مر من الأمثلة .

٢ — من أتلف مال غيره الذي بيده من غير قصد ، ضمن . كما لو دق أحد في داره على شيء أو وضع في داره محركاً قوياً فاتلف شيئاً في دار جاره ، وكما لو وضع شخص في ملكه هدفاً يرمي عليه فتجاوزت الطلقة الى ملك آخر واتلفت شيئاً من ماله ، فانه يضمنه .

٣ — من أتلف مال أحد وهو في يد أمينه إتلافاً قصداً ، ضمن . كما مر من الأمثلة في أول البحث .

٤ — من أتلف مال غيره الذي هو في يد أمينه إتلافاً بغير قصد ،

ضمن . كما لو كانت الوديعة فى يد خادم المستودع فسقط عليها من يده شيء وأتلفها فان الخادم يضمن .

واعلم انه الاجازة لا تلحق الاتلاف وعليه إذا أتلف أحد مال غيره فقال ذو المال قد أجزت لك ذلك ، أو رضيت بما فعلت ، لا يبرأ المتلف من الضمان . والسبب في ذلك ان الاجازة اللاحقة توكيل ، والتوكيل على العمل فى مال غير موجود غير صحيح .

ويستثنى من ذلك الاذن فى مسألة اللقطة المستهلكة بعد التصدق بها ، فان الاجازة هنا معتبرة .

ومن أمثلة الاتلاف بغير قصد ما لو زلق أحد وسقط على مال آخر واتلفه فانه يضمن لأنه فاعل مباشر والفاعل المباشر ضامن مطلقاً [م ٩١٢ ، ٩١٣][1] .

كيفية الضمان :

اذا كان الاتلاف كلياً يثبت للمالك تضمين المتلف جميع ما اتلفه ،

---

(١) م ٩١٢ — اذا اتلف احد مال غيره الذي في يده او في يد أمينه قصداً او من غير قصد يضمن وأما اذا أتلف احد المال المغصوب الذي هو في يد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار إن شاء ضمنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وان شاء ضمنه المتلف وبهذه الصورة ليس للمتلف الرجوع على الغاصب .

م ٩١٣ — اذا زلق احد وسقط على مال آخر وأتلفه يضمن .

وإن كان الاتلاف إتلافاً جزئياً اي إتلافاً لبعض المال ، فان كان هذا الاتلاف الجزئي ينقص قيمة المال بمقدار الربع فصاعداً كان لصاحب المال ترك المال الى المتلف وتضمينه جميع المال ، وإن كان النقص اقل من الربع كان لصاحب المال تضمينه النقص فقط واخـــذ المال الباقي [م ٩١٧] [1] ، وان كان هذا النقص الجزئي لايؤثر على قيمة المال الباقي بشيء فانه يضمن مقدار ما اتلفه ويتفرع على هذا الامثلة الآتية :

(أ) لو سحب احد ثوب غيره وشقه وادى هذا الشق الى نقصان قيمة الثوب بمقدار الربع فان لصاحب الثوب ان يضمن المتلف تمام القيمة ويترك له الثوب ، كما ان له ان يضمنه مقدار النقص فقط . اما لو كان النقص الذي اورثه الشق أقل من الربع فان لصاحب الثوب ان يضمن المتلف مقدار النقص وليس له ترك الثوب له وتضمينه جميع القيمة . وكذلك لو جلس احد على ذيل ثوب احد فنهض صاحب الثوب غير عالم بجلوس الآخر وانشق الثوب فان الجالس يضمن نصف قيمة النقص لان هذا الاتلاف قد حصل بفعل مشترك بين الجالس وصاحب

---

(١) م ٩١٧ — لو أطرأ أحد على مال غيره نقصاناً من جهة القيمة يضمن نقصان القيمة .

الثوب فكل منهما يعتبر فاعلا مباشراً [م ٩١٥] (١) .

(ب) لو حفر احد فى ارض غيره فاورثها ذلك نقصاً في القيمة ضمن النقص ، والا فلا .

(ج) من حمل دابة غيره شيئاً بلا اذنه فجرحت ، فاذا اندمل الجرح بلا نقص لا ضمان عليه ، والا ضمن النقص .

(د) لو اخذ احد تراباً من عرصة غيره ولم يكن للتراب قيمة ، فاذا اورث ذلك نقصاً فى قيمة العرصة ضمنه ، والا فلا . اما اذا كان للتراب قيمة فانه يضمن قيمته مع ضمانه مقدار النقص الذي قد اورثه عمله في قيمة العرصة .

ذكرنا فيما سبق ان كون المال معصوماً فى حق المتلف ليس بشرط لوجوب الضمان ، وعليه اذا اتلف الصبي مالاً لأحد ترتب عليه الضمان من مال الصبي ، فان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره أي ان يكون له مال ، فيؤخذ الضمان منه فلا يتوجه الضمان الى وليه مطلقاً [م ٩١٦] (٢) .

---

(١) م ٩١٥ — لو جر احد ثياب غيره وشقها يضمن تمام قيمتها وأما لو تشبث بها وانشقت بجر صاحبها يضمن نصف القيمة . كذلك لو جلس احد على أذيال ثياب ونهض صاحبها غير عالم بجلوس الآخر وانشقت يضمن ذلك نصف القيمة .

(٢) م ٩١٦ — اذا اتلف صبي مال غيره فيلزم الضمان من ماله وان لم يكن له مال ينتظر الى حال يساره ولا يضمن وليه .

وقد جاءت المادة ٩٦٠ ايضاً بالتصريح بتوجيه الضمان الى الصبي اذا اتلف مالاً وان كان الصبي غير مميز .

(ه) لو هدم احد عقار غيره بدون حق كان لرب العقار تضمينه قيمته مبنياً وحينئذ يترك الانقاض للهادم . ويجوز لرب العقار ان يحتفظ بالانقاض لنفسه بعد تنزيل قيمتها انقاضاً من قيمة البناء مبنياً ، فيرجع على الهادم بالباقي من قيمة البناء مبنياً بعد تنزيل قيمة تلك الانقاض التي احتفظ بها لنفسه .

ولا يجبر الهادم على إعادة البناء الذي هدمه كما كان . ولكن لو اعاده على حالته السابقة فان الضمان ينتفي عنه فليس للمالك ان يضمنه بعد ذلك شيئاً ما [م ٩١٨][1] .

ويستثنى من هذا الحكم ما اذا كان العقار وقفاً فان الهادم يجبر على اعادته الى حالته السابقة . كما ان للمتولي ان يضمنه ما اورثه من النقص اذا تبين ان هذا التضمين انفع للوقف من اعادة المهدوم الى حالته السابقة .

---

(١) م ٩١٨ — اذا هدم احد عقار غيره كالحانوت والخان فصاحبه بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض وضمنه القيمة الباقية وأخذ هو الانقاض ولكن اذا بناه الغاصب كالأول فيبرأ من الضمان .

ويستثنى أيضاً من حكم الضمان هنا ما اذا هدم احد دار شخص بلا إذنه دفعاً لسريان الحريق في المحلة وكان ذلك بأمر ممن له ولاية الأمر، فان الهادم يبرأ من الضمان لأن الهادم لا يعتبر متعدياً لاسناد فعله الى أمر ولي الأمر الجائز له التصرف حسب ولايته العامة بما هو مصلحة، والهدم هنا مصلحة [م ٩١٩][1].

ولكن يلاحظ، هل لصاحب العقار ان يرجع على احد؟ ومن الذي يعوض الضرر الذي اصابه؟ المسألة دقيقة، لأن الهادم لايجوز توجيه الضمان عليه لما سبق من العلة، وولي الأمر لايجوز توجيه الضمان عليه لان امره المذكور جائز شرعاً وقانوناً « والجواز الشرعي ينافي الضمان » وترك صاحب العقار مضروراً مناف للقاعدة « الضرر يزال » ومثل هذه المسألة فى الاشكال ما اذا تترس العصاة بعقار احد او اشجاره فاضطر الجيش الى رميهم وهدم العقار واتلاف الاشجار فقاموا بذلك بناء على الأمر ممن له ولاية الأمر.

والاقرب الى الصواب، في رأينا ان يعوض المتضرر عن ضرره

---

(١) م ٩١٩ — لو هدم احد داراً بلا اذن صاحبها لاجل وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بامر أولي الامر لايلزم الضمان وان كان هدمها بنفسه يلزم الضمان.

من بيت المال لأن هذا الضرر قد حصل للنفع العام والمصلحة العامة وبيت المال « الخزينة » معد للمصالح العامة والمنافع العامة ، ولأن الاضطرار لا يبطل حق الغير . واما كون الجواز الشرعي ينافي الضمان فهو ان المجاز له العمل قانوناً لا يتوجه عليه ضمان الى شخصه ولكن لا يقتضي هذا حرمان صاحب المال من تعويض ضرره من محل آخر يجوز التعويض منه .

والحكم فيمن قطع اشجار غيره بغير حق كالحكم فيما لو هدم أحد عقار غيره على ما سبق بيانه . فصاحب الاشجار مخير ان شاء أخذ قيمة الاشجار قائمة وترك المقطوعة للقاطع ، وان شاء حط من قيمتها قائمة قيمة الاشجار مقطوعة واخذ المبلغ الباقي من القاطع مع الاشجار المقطوعة . مثلاً لو قطع أحد الاشجار في روضة غيره بدون حق وكانت قيمة الروضة حال كون الاشجار قائمة عشرة آلاف وقيمتها بلا أشجار أربعة آلاف فلا شك ان قيمة الاشجار قائمة تعتبر ستة آلاف فاذا كانت قيمة الاشجار مقطوعة الفين فصاحبها بالخيار ان شاء ترك الاشجار المقطوعة للقاطع وأخذ منه ستة آلاف ، وان شاء أخذ الاشجار المقطوعة وضمن القاطع أربعة آلاف [م ٩٢٠] (١)

---

(١) م ٩٢٠ — لو قطع احد الاشجار التي في روضة غيره بغير حق فصاحبها مخير ان شاء أخذ قيمة الاشجار قائمة وترك الاشجار المقطوعة للقاطع وان شاء =

ويلاحظ انه لا يجوز للمالك الذي أتلف أحـــد ملكه أو أحدث فيه نقصاً أو ضرراً ان يقابل المتلف بمثل ما فعل معتبراً هذا تضميناً لضرره ، لأن هذا العمل ليس بضمان بل اخذ ثأر ومقابلة للاتلاف باتلاف ، أي مقابلة للظلم بالظلم والظلم غير جائز فمقابلته بمثله لا يجوز ، وانما العدل يقتضي دفع الضرر قدر الامكان ، ودفعه قدر الامكان في الاتلاف انما هو بالضمان ، فاذا أتلف زيد فرس عمرو بناء على ان عمراً كان قد أتلف فرساً لزيد فان على كل منهما ضمان ما أتلفه ، ولا يعتبر فعل زيد تكافؤاً مع فعل عمرو . وكذلك ليس لمن حدث عليه ضرر من أحد ان يتلافى هذا الضرر على حساب غيره فمن أخذ من غيره نقوداً زيوفاً « قلب » لا يجوز له ان يدفع هذه الزيوف الى آخر تلافياً لما حصل له من الضرر بأخذها بل عليه ان يعيد ما اخذه الى من دفعها اليه . لأن الظلم لا يدفع بظلم آخر [م ٩٢١][1] .

= حط من قيمتها قائمة قيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة . مثلا لو كانت قيمة الروضة حال كون الاشجار قائمة عشرة آلاف وبلا أشجار خمسة آلاف وقيمة الاشجار الفين فصاحبها بالخيار ان شاء ترك الاشجار المقطوعة للقاطع واخذ خمسة آلاف وان شاء اخذ ثلاثة آلاف والاشجار المقطوعة .

(١) م ٩٢١ — ليس للمظلوم ان يظلم آخر بما انه ظلم . مثلا لو اتلف زيد مال عمرو مقابلة بما انه اتلف ماله يكونان ضامنين وكذا لو اتلف زيد مال عمرو =

حكم الاتلاف نسبياً :

ان انجاز اكثر الاعمال يتوقف على ثلاثة أمور :

١ ـــ العلة : وهي ما لا واسطة بينه وبين التأثير ، وبعبارة أخرى ما به التأثير .

٢ ـــ الشرط : وهو ما يتوقف عليه التأثير ولكن لا دخل له في تكوينه ، أي ليس التأثير كائناً به .

٣ ـــ السبب : وهو ما له مدخـــل فى التأثير بحيث تتوسط العلة بينهما .

والسبب : قسمان ، سبب شبيه بالعلة ، وهو الذي ترتكز عليه العلة مثل السوق لمشي الدابة الذي به حصل اتلاف مال .

وسبب محض ، وهو السبب الذي لا ترتكز عليه العلة مثل حفر حفيرة في الطريق العام ثم القاء شيء فيها فهلك ذلك الشيء .

والشرط : قسمان ، شرط شبيه بالعلة ، وهو الذي ترتكز عليه العلة مثل الزق لعدم سيلان المائع الذي فيه ، والحبل لعدم سقوط القنديل المعلق به .

= الذي هو من قبيلة طي بما ان بكراً الذي هو من تلك القبيلة اتلف ماله يضمن كل منهما المال الذي اتلفه كما انه لو انخدع احد فاخذ دراهم زائفة من احد فليس له ان يصرفها الى غيره .

وشرط محض ، وهو ما لا ترتكز عليه العلة مثل فتح باب السجن لهرب المسجون ، فان الهرب تابع لاختياره ولا يلزم من الفتح هربه ولكن الفتح شرط لامكان الهرب ، وكذلك فتح باب القفص لهرب الطير فان الفتح شرط محض ، إذ الطيران تابع لاختيار الطير فقد يفتح القفص ولا يطير الطير ، وقيل ان الفتح هنا شرط شبيه بالعلة ، ولهذا اختلف القول فى الضمان فيما لو فتح أحد قفص طير ففر الطير منه .

إذا تقرر ما سردناه فلنفهم ان عمل الشخص إذا كان علة للاتلاف أو سبباً شبيهاً بالعلة ضمن مطلقاً سواء كان قاصداً الاتلاف أم لا ، لأنه يعتبر الفاعل فيهما فاعلاً مباشراً . وعلى هذه القاعدة تتفرع الاحكام السالفة الذكر في فصل « مباشرة الاتلاف »[1] .

واذا كان عمل الشخص سبباً محضاً للاتلاف فانه لا يضمن إلا اذا كان متعدياً متعمداً في عمله[2] .

ثم انه قد تقوم بعض الأمور مقام عمل الشخص فيلحقه الضمان بسبب ذلك . وهذا مثل ألا يمنع الانسان دابته التي تعبث في مال الغير ، ومثل انهدام الجدار المائل للسقوط بعد « التقدم » الى صاحبه وعدم اجابته للتقدم المذكور .

---

(١) انظر المادة ٩١٢ والمادة ٩٢

(٢) انظر المادة ٩٢٤ والمادة ٩٣

ويتفرع على ما قررناه :

(أ) لو سد أحد ماء أرض لآخر فسبب ذلك هلاك مزروعاته فانه يضمن ، وهو الرأي الراجح الموافق للقواعد الفقهية وعليه المجلة . وذهب البعض الى عدم الضمان لأن الذي سد الماء قد غصب الماء ولم يغصب المزروعات والاشجار فلا يضمنها لو هلكت ، وهذا الرأي ضعيف لأنه نظر الى جهة الغصب ولم ينظر الى جهة التسبب فى الاتلاف .

(ب) اذا تمسك أحد بثياب آخر وحال مجاذبتهما سقط مما عليه شيء وتلف أو تعيب فان المتمسك يكون ضامناً لأنه مسبب للاتلاف متعمد فى فعله معتد بعمله .

(ج) اذا افاض احد الماء فى ارضه زيادة عن المعتاد فتسربت المياه الى ارض اخرى فأتلف زرع الغير فانه يضمن . اما اذا افاض الماء على الوجه المعتاد وتسرب الماء الى ارض اخرى بدون علمه فانه لا ضمان عليه ، فان كان يعلم بالتسرب وبقي ساكتاً كان ضامناً . وكذلك يضمن ان كانت ارضه مرتفعة ولم يعمل لها سداً يمنع تسرب الماء الى ارض الغير المنخفضة دون ارضه أو عمل ولم يلاحظ التخرب الحاصل فيه ، ففي هذه الصورة يضمن اذا تسرب الماء الى ارض أخرى واتلف زرع الغير أو غرسه ولو كان افاضته الماء الى ارض الغير على الوجه المعتاد ، لأنه فى

هذه الصور التي فيها الضمان ، قد كان الفاعل مسبباً متعمداً في فعله معتدياً في عمله .

(د) لو فتح أحد باب اصطبل ففر منه حصان مثلاً وضاع أو فتح باب قفص فطار منه طير وذهب فان الفاتح للباب في الصورتين ضامن لأنه مسبب للاتلاف وهو متعمد في عمله معتد في فعله . والضمان في هذا الفرع هو رأي محمد لأنه اعتبر الفتح سبباً . وعند غيره لا ضمان عليه لأنه بنظره أن الفتح ليس بسبب ، لأن الطير والحصان مختاران في الفرار والطيران ، فالفتح للباب لا يوجب لهما ذلك فلم يكن الفاعل مسبباً . ورأي محمد اقرب الى الصواب . وهذا الخلاف هنا انما هو اذا فتح أحد الباب فقط ، أما لو اتبع ذلك بعمل آخر يفضي الى الفرار والطيران كأن يضرب الدابة أو يصفر للطير أو يعمل نحو ذلك من الاعمال التي تقتضي الفرار والطيران فانه يضمن على أقوال جميع الفقهاء . ولو فتح الباب فلم تهرب الدابة ولم يطر الطير ولكن سرقها سارق ، فلا ضمان على فاتح الباب كما هو مقتضى المادة ٩٢٥ والمادة ٩٠ [م ٩٢٢][1] .

---

(١) م٩٢٢ — لو اتلف احدمال الآخر او نقص قيمته تسبباً يعني لو كان فعله سبباً مفضياً لتلف مال او نقصان قيمته يكون ضامناً . مثلا اذا تمسك احد بثياب آخر وحال مجاذبتها سقط مما عليه شيء وتلف او تعيب يكون المتمسك ضامناً =

وقد فهم مما سبق ان الضمان لا يتوجه على المتسبب فى الاتلاف الا بشرطين :

(الاول) أن يكون متعمداً لايقاع العمل الذي هو سبب للاتلاف.

(الثاني) أن يكون متعدياً فى عمله الذي سبب الاتلاف فاذا خلا الفعل من التعمد والتعدي أو من أحدهما فانه لا ضمان على المسبب [م ٩٢٤][1].

ويتفرع على هذا :

(١) اذا خافت دابة أحد من شخص وفرت وضاعت فانه لايلزم هذا الشخص ضمان لأنه لم يتعمد إخافة الدابة. أما اذا كان قد تقصد إخافتها فانه يكون ضامناً. وكذلك لو أطلق أحد بندقيته ليصطاد طيراً

= وكذا لو سد احد ماء ارض لآخر او ماء روضته ويبست مزروعاته ومغروساته وتلفت او افاض الماء زيادة وغرقت المزروعات وتلفت يكون ضامناً. وكذا لو فتح احد باب اصطبل لآخر وفرت حيواناته وضاعت او فتح قفصه وفر الطير الذي كان فيه يكون ضامناً.

(١) م ٩٢٤ — يشترط التعدي في كون التسبب موجباً للضمان على ما ذكر آنفاً يعنى ضمان المتسبب في الضرر مشروط بعمله فعلا مفضياً الى ذلك الضرر بغير حق. مثلا لو حفر احد في الطريق العام بئراً بلا اذن اولي الامر ووقعت فيه دابة لآخر وتلفت يضمن. واما لو وقعت الدابة في بئر كان قد حفره فى ملكه وتلفت فلا يضمن.

مثلا نجفلت دابة أحد فقرت وضاعت أو سقطت وانكسر بعض اعضائها فان المطلق للبندقية لا ضمان عليه وان كان فعله سبباً للاتلاف ، لانه لم يقصد إجفال الدابة ، أما لو كان قد قصد من اطلاقه البندقية تخويف الدابة او اجفالها فانه يكون ضامناً اذا حصل الضرر [م ٩٢٣][1]

(٢) لو حفر أحد في الطريق العام بئراً بلا إذن من ولي الأمر فسقطت فيه دابة مثلاً وهلكت او تعيبت فان على الحافر الضمان لأنه متعد فى فعله قاصد للاتلاف حكماً ، لأن الحفر فى الطريق العام يؤدي الى ضرر الغير عادة ، أما لو حفر أحد حفرة فى ملكه فسقط فيها مال الغير فهلك او تعيب ، لا ضمان على الحافر لأنه غير معتد .

فالقصد والتعدي شرطان للضمان في تسبب الاتلاف ، والا لتقيدت الحريات وتضرر الناس .

ويلاحظ انه اذا اجتمع المباشر والمتسبب يتحمل المباشر الضمان وحده . فلو فتح احد باب دار وسرق آخر اثاث الدار فالضمان على

---

(١) م ٩٢٣ — لو جفلت دابة احد من الآخر وفرت فضاعت لا يلزم الضمان واما اذا كان اجفلها قصداً فيضمن . وكذا اذا جفلت الدابة من صوت البندقية التي رماها الصياد قصداً للصيد فوقعت وتلفت او انكسر احد اعضائها فلا يلزم الضمان . واما اذا كان الصياد قد رمى البندقية بقصد اجفالها فيضمن .

السارق لا الفاتح . واذا حفر احد فى الطريق العام حفرة وأخذ شخص آخر مال غيره والقاه فى الحفرة فهلك فالضمان على الملقي لا على الحافر [م ٩٢٥][(١)]

الطريق العام والحكم فيما يحدث فيه :

الطريق العام من الاراضي المتروكة للعموم فلا يختص به واحد دون آخر ، ولا يتصرف فيه أحد ، ولا يباع ، ولا يجري عليه مرور الزمان . والمراد من الطريق العام هنا الطريق العام في المدن والقرى والقصبات . أما فى المفاوز والصحاري فالطريق العام هو المحجة أي الطريق المعبد أو المعين للمرور فيه من بلدة الى أخرى او قرية الى اخرى

لكل أحد ان يستعمل الطريق العام لما وضع له ، وهو المرور فيه لكن بشرط ان لا يضر بغيره فى الحالات التي يمكن التحرز منها . ويتفرع على هذا :

(١) لو سقط من ظهر الحمال حمل أتلف مال احد فان الحمال ضامن لأنه مسبب للاتلاف وكان بامكانه التحرز عن سقوط الحمل

---

(١) م ٩٢٥ — لو فعل احد فعلا يكون سبباً لتلف شيء فخال في ذلك الوقت فعل اختياري يعني ان شخصاً آخر اتلف ذلك الشيء مباشرة يكون ذلك الفاعل المباشر الذي هو صاحب الفعل الاختياري ضامناً .

فكان متعمداً حكماً متعدياً فى فعله ، فعليه الضمان .

(٢) اذا أحرقت شرارة الحداد فى الطريق ثياب أحد فان الحداد يضمن لأنه متعد في عمله من حيث اطلاق الشرار الى الطريق العام المعد للمرور فقط ، ومتعمد حكماً .

(٣) لو حفر احد في الطريق العام حفيرة سقط فيها مال أحد فهلك ، ضمن الحافر وعلى هذا القياس ... [م ٩٢٦][1]

ثم ان العمل الذى يجب فيه الضمان على ما بحثناه الآن انما هو العمل الذي يحتمل نشوء الضرر منه كما في الامثلة الآتية الذكر ، اما لو لم يكن بهذه المثابة ، كما لو تعلق رداء احد بمال فأتلفه ، او سقطت سدارة احد على شيء فأتلفته فانه لا ضمان على صاحب الرداء وصاحب السدارة ، لأن لبس الرداء ووضع السدارة على الرأس من الامور الضرورية التي لا يحتمل وقوع الضرر منها عادة فلم يكن صاحبهما متعمداً فى تسببه لا حقيقة ولا حكماً .

---

(١) م ٩٢٦ — لكل أحد حق المرور في الطريق العام لكن بشرط السلامة يعنى انه مقيد بشرط أن لا يضر غيره بالحالات التي يمكن التحرز منها فلو سقط عن ظهر الحمال حمل واتلف مال أحد يكون الحمال ضامناً وكذا اذا أحرقت ثياب أحد كان ماراً في الطريق الشرارة التي طارت من دكان الحداد حين ضرب الحديد فيضمن الحداد ثياب ذلك المار .

(٤) ليس لأحد الجلوس في الطريق العام بلا إذن ولي الأمر. وليس لأحد بيع الاشياء او شراؤها بوضعها في الطريق العام بدون اذن ولي الأمر . فاذا فعل احد شيئاً من ذلك بدون إذن وحصل من فعله ضرر لأحد كان ضامناً . وكذلك ليس لأحد وضع الحجارة وأدوات العمارة في الطريق العام بدون اذن . إلا اذا كان وفقاً للمادة (١٢١٥) .

(٥) ليس لأحد إحداث شيء في الطريق العام فاذا أراد أحد إحداث شيء فيه منع ، واذا أحدثه بدون إذن يهدم عند ابي حنيفة سواء كان ما يراد إحداثه مضراً بالعامة أو لا . وعند محمد يمنع من الأحداث إلا أنه لو حصل الأحداث بوجه من الوجوه لا يهدم ما احدث إلا إذا كان مضراً بالعامة . وجوّز ابو يوسف الاحداث إذا لم يكن مضراً بالعامة . والظاهر من مفهوم المادة [٩٢٧][1] التي نحن بصدد شرحها اختيار قول ابي حنيفة . ولكن الظاهر من صراحة المادة ١٢١٣ اختيار قول محمد .

---

(١) م ٩٢٧ — ليس لأحد الجلوس في الطريق العام للبيع والشراء ووضع شيء فيه واحداثه بلا اذن أولي الأمر . وإذا فعل فيضمن الضرر والخسار الذي تولد من ذلك الفعل بناء عليه لو وضع أحد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة وعثر بها حيوان آخر وتلف يضمن . كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئاً يزلق به كالدهن وزلق به حيوان وتلف يضمن .

ويستثنى من حكم هذه المادة ما يعمله الشخص في الطريق العام بحكم عموم البلوى كطرح الثلوج من السطوح في الطريق ، فاذا سببت تلك الثلوج المطروحة من السطوح اتلاف مال لا يضمن الطارح لأن هذا العمل لا يخص واحداً دون واحد ، بل هو بلوى عامة يضطر الى عملها كل واحد من اهل البلد .

ثم يجب ان نعلم ان الضمان المترتب على المسبب هنا انما يلزم اذا لم يكن الضرر قد حصل من الفعل القصدي الصادر من المتضرر ، فلو أنشأ أحد جسراً على الطريق العام بلا إذن ولي الامر فمشى عليه أحد وسقط فتضرر لا ضمان على باني الجسر ، وكذلك لو حفر أحد حفيرة في الطريق العام فجاء شخص ورمى نفسه فيها قصداً لا ضمان على الحافر . وكذا لو وضع احد اخشاباً مثلاً فى الطريق العام فقفز أحد عليها قصداً وتضرر من جراء ذلك لا ضمان على صاحب الاخشاب .

وانما قيدنا المسائل الفرعية الآنفة الذكر بأن تصدر بدون الاذن ، لأن الاذن يمنع الضمان ، ولأنه يدفع حق الممانعة والمعارضة للفاعل . فولي الامر له أن يأذن بالاشياء المذكورة آنفاً ، لأن له الولاية العامة ، غير أنه يجب أن لا يفرط في ذلك بل ينظر الى المصلحة .

ان كثيراً من مسائل قانون البلديات مستند الى هذه المادة وأمثالها من المجلة .

وأما الطريق الخاص فليس لأحد أن يتصرف فيه بوجه من الوجوه بدون اذن جميع أصحابه ، واذا فعل شيئاً فيه بدون اذنهم يعتبر متعدياً . نعم لأرباب الطريق الخاص التصرف فيه بالأمور الضرورية من وضع الأخشاب والمواد الانشائية لأجل البناء فلا يعدون بذلك معتدين .

سبق في فصل تفسير بعض المصطلحات تعريف التقدم . ونضرب هنا مثلاً على ذلك أوردته المجلة في فصل ما يحدث في الطريق العام وهو لو سقط حائط أحد وأورث غيره ضرراً لا يلزم صاحب الحائط ضمان ولكن لو كان الحائط مائلاً للانهدام وكان قد تقدم أحد الى مالكه ومضى وقت يمكن هدم الحائط فيه فلم يهدمه صاحبه ثم سقط وأضر أحداً فان صاحب الجدار يكون ضامناً . فيشرط للضمان هنا :

(١) أن يكون البناء مائلاً للانهدام .

(٢) أن يقع التقدم الى صاحب البناء نفسه أو من يقوم مقامه كمتولي الوقف وولي الصبي ، غير ان الضمان يؤخذ من مال الوقف لا من المتولي ، ومن مال الصغير والمجنون لا من وليهما .

(٣) أن يمر بين التقدم والسقوط زمن يمكن فيه هدم البناء . ولا

يصح التأجيل فى التقدم فيما فيه احتمال ضرر ولا عبرة به لو وقع ، حتى ان الحاكم او المتقدم لو أجل صاحب البناء اكثر من المدة التي تكفي لهدمه فلا عبرة بهذا التأجيل . نعم اذا كان التقدم جرى فيما ينشأ عنه ضرر خاص فانه يصح التأجيل من المتقدم الذي له حق التقدم ، وذلك كالمتقدم فى الجدار الداخل بين دارين .

(٤) أن يكون المتقدم اليه مالكاً للبناء الى حين انهدامه ، فلو زال تملكه بعد التقدم ثم انهدم فاحدث ضرراً لا ضمان عليه ، ولا على المالك الجديد لعدم التقدم اليه . ولا يعود التقدم بعود البناء الى المالك الاول ، فلو ملكه المالك الأول من جديد ثم انهدم فأحدث ضرراً لا ضمان عليه . ولو وقع التقدم لمتولي الوقف فعزل او مات فلا عبرة بالتقدم الواقع .

(٥) أن يكون المتقدم من أصحاب حق التقدم ، أي من له حق في المحل الذي تبين حدوث الضرر فيه . وذلك كالجار بخصوص الجدار الفاصل بين داره ودار صاحب الجـــدار وكالمارين فى الطرق العامة بخصوص الأبنية الواقعة على الطرق العامة : وعلى هذا القياس .

ويستخلص من مجموع ما سردناه انه ، لا عبرة بالتقدم اذا لم يكن البناء مائلا للانهدام ، ولا بالتقدم الواقع للمستأجر أو الراهن — لعدم تمكنه من الهدم إذ لا حق لهم في التصرف فى ملك غيره فالتقدم اليه

عبث — ولا بالتقدم اذا حصل الانهدام قبل ان يمر وقت كاف للهدم ولا اذا كان المتقدم ليس ممن له حق في المحل الذي تبين حدوث الضرر فيه [م ٩٢٨][1].

ملاحظة : لأجل الاحاطة بالاحكام المتعلقة بالطريق راجع مواد الفصل الثالث من كتاب الشركة ، ابتداء من المادة (١٢١٣) مع شروحها.

الحكم فى جناية الدواب :

نقدم في القواعد الكلية ان «جناية العجماء جبار» فالضرر الذي ينشأ من جنايات الحيوانات لا يضمنه صاحبها ، إلا اذا اعتبر مسبباً.

ويتفرع على هذه القاعدة ما يأتي :

---

(١) م ٩٢٨ — لو سقط حائط أحد وأورث غيره ضرراً لا يلزم الضمان ولكن لو كان الحائط مائلا الى الانهدام أولا وكان قد نبه عليه أحد وتقدم بقوله أهدم حائطك وكان مضى وقت يمكن هدم الحائط فيه يلزم الضمان ولكن يشترط أن يكون المنبه من أصحاب حق التقدم والتنبيه أي اذا كان الحائط سقط على دار الجيران فيلزم أن يكون الذي تقدم من سكان تلك الدار ولا يفيد تقدم أحد من الخارج وتنبيهه وإذا كان قد انهدم على الطريق الخاص فيلزم أن يكون الذي تقدم ممن له حق المرور فى ذلك الطريق وان كان الانهدام على الطريق العام فلكل أحد حق التقدم.

(أ) لو استهلك حيوان مال احد وكان صاحبه يراه فلم يمنعه، فانه يضمن لاعتباره مسبباً، اما لو رأى الحيوان المذكور غير صاحبه ولم يمنعه فانه لا ضمان عليه ووجه الفرق هو ان الرائي اذا كان صاحب الحيوان، فبما ان النفع يعود اليه فان الفعل ينسب اليه عرفاً فكأنه هو الذي تركها ترعى، بخلاف الاجنبي. وايضاً ان الاجنبي عن الشيء غير مكلف بدفع ضرره عن الناس.

(ب) يضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما اتلفاه اذا تقدم اليه أحد من اهل حق التقدم، فاذا كان لأحد كلب عقور في المحلة وتقدم أحد من أهل المحلة الى صاحب الكلب بان يحافظ عليه ليمنع ضرره فلم يلب صاحب الكلب ذلك فاورث كلبه ضرراً، فانه يضمن [المادة ٩٢٩][1].

(ج) لا يضمن صاحب الدابة التي اضرت بيديها أو ذيلها أو رجليها حال كونها في ملكه راكباً كان أو لم يكن، لأنه في هذه الصورة يعد مسبباً والمسبب لا يضمن الا اذا كان معتدياً، وهو بهذه

---

(١) م ٩٢٩ — الضرر الذي أحدثه الحيوان بنفسه لا يضمنه صاحبه ولكن لو استهلك حيوان مال أحد ورآه صاحبه ولم يمنعه يضمن. ويضمن صاحب الثور النطوح والكلب العقور ما أتلفاه اذا تقدم أحد من أهل محلته أو قريته بقوله حافظ على حيوانك ولم يحافظ عليه.

الصورة لم يكن معتدياً لأنه فى ملكه ، فله الحق فى تسيير دابته فى ملكه كيفما شاء [م ٩٣٠](١) . نعم ان الدابة اذا وطأت شيئاً وهو راكب عليها فاضرت به فأنه يضمن لأنه يعد فاعلاً مباشراً للاتلاف [م ٩٣٦](٢) .

وكذلك الحكم اذا ادخل احد دابة في ملك غيره باذنه فاحدثت ضرراً فيه ، لأنه بالاذن كان مسبباً غير متعد . اما لو ادخلها بدون اذن صاحب الملك فاحدثت ضرراً ما فانه يضمن على كل وجـه لأنه يعتبر حينئذ مسبباً للاتلاف وهو متعد ، فيضمن . [م ٩٣١](٣) .

(د) اذا مر احد فى الطريق العام وكان راكباً على حيوان أو قائداً الحيوان أو سائقاً له ، فاذا احدث الحيوان ضرراً ليس في استطاعة

---

(١) م ٩٣٠ — لا يضمن صاحب الدابة التى أضرت بيديها أو ذيلها أو رجليها حال كونها فى ملكه راكباً كان أم لم يكن .

(٢) م ٩٣٦ — لو داست دابة مركوبة لأحد على شيء بيدها أو رجلها في ملكه أو في ملك الغير وأتلفته يعد الراكب قد أتلف ذلك الشيء مباشرة فيضمن على كل حال .

(٣) م ٩٣١ — إذا أدخل أحد دابته في ملك غيره باذنه لا يضمن جنايتها في الصور التى ذكرت في المادة آنفاً حيث انها تعد كالكائنة في ملكه وان كان أدخلها بدون اذن صاحبه يضمن ضرر تلك الدابة وخسارها على كل حال يعني حال كونه راكباً أو سائقاً أو قائداً أو موجوداً عندها أو غير موجود وأما لو انفلتت بنفسها ودخلت في ملك الغير وأضرت فلا يضمن .

الراكب أو القائد أو السائق منعه لا ضمان عليه وذلك كما لو رفست الدابة برجلها فاتلفت مالاً ، أو ضربت بذيلها فاورثت ضرراً . اما لو اتلفت شيئاً برأسها أو بيديها فان الراكب أو القائد أو السائق يضمن لأنه كان بامكانه التحرز عن وقوع ذلك الضرر لاستطاعته صرف الدابة عن ذلك ، فبحدوث الضرر يعد فاعلاً مباشراً فيضمن [م ٩٣٢ و٩٣٣][١] .

وكذلك يضمن صاحب الدابة اذا ربطها فى الطريق العام أو أوقفها بدون عذر فاحدثت ضرراً ، لأنه يعد متعدياً بعمله مسبباً للضرر ، والمسبب المعتدي ضامن . نعم انه لا يضمن لو ربط الدابة في الميادين المعدة لذلك فاحدثت هناك ضرراً ، لأنه غير متعد بعمله ، والمسبب غير المعتدي لا يضمن [م ٩٣٤][٢]

---

(١) م ٩٣٢ — لكل أحد حق المرور في الطريق العام مع حيوانه بناءاً عليه لا يضمن المار راكباً على حيوانه في الطريق العام الضرر والخسارة اللذين لا يمكن التحرز عنهما مثلا لو انتشر من رجل الدابة غبار أو طين ولوث ثياب الآخر أو رفست برجلها المؤخرة أو لطمت بذيلها وأضرت لا يلزم الضمان ولكن يضمن الراكب الضرر والخسارة اللذين وقعا من مصادمتها أو لطمة يدها أو رأسها.

م ٩٣٣ — القائد والسائق في الطريق العام كالراكب يعني لا يضمنان إلا ما يضمنه الراكب من الضرر .

(٢) م ٩٣٤ — ليس لأحد حق توقيف دابته أو ربطها في الطريق =

(ه) من سيب دابته في الطريق العام فاحدث ضرراً فانه يضمن لأنه معتد. لكن لو ندت من يده وانطلقت فى الطريق العام واتلفت شيئاً فانه لا يضمن ، لانه في هذه الصورة لاعتداء منه [م ٩٣٥][١]

(و) اذا كانت الدابة جموحاً — وهي القوية الرأس التي لا يستطيع الراكب تسييرها حسب ارادته بسهولة — فانها اذا توجهت الى شيء فاتلفته وكان الراكب قد بذل جهده فى صدها فلم يستطع ذلك لا ضمان عليه ، اذ لا وجه لاضافة الفعل اليه لا مباشرة ولا تسبباً بطريق التعدي ، فكان الفعل مقصوراً على الدابة نفسها . وجناية العجماء جبار [م ٩٣٧][٢]. وهذه المادة مقيدة لحكم المادة ٩٣٦ .

(ز) لو اتلفت الدابة التي كان قد ربطها صاحبها فى ملكه دابة غيره التي اتى بها صاحبها وربطها فى ملك صاحب الدابة بلا اذن منه ، لاضمان عليه ، لأنه ليس بمعتد في ربطه دابته فى ملك نفسه ، فلا يتحمل

= العام بناء عليه لو وقف أو ربط أحد دابته في الطريق العام يضمن جنايتها على كل حال سواء رفست بيدها أو رجلها أو جنت بسائر الوجوه وأما المحال التى أعدت لتوقيف الدواب كسوق الدواب ومحل وقوف دواب الكراء فمستثناة .

(١) م ٩٣٥ — من سيب دابته في الطريق العام يضمن الضرر الذي أحدثته .

(٢) م ٩٣٧ — لو كانت الدابة جموحاً ولم يقدر الراكب على ضبطها وأضرت لا يلزم الضمان .

جنايتها ولو كان مسبباً ، اذ يشترط لضمان المسبب التعدي على مامر ، فكانت الجناية هنا مقصورة على الدابة ، وجناية العجماء جبار .

أما اذا أتلفت دابة الشخص الذي ربطها فى ملك الغير بدون إذنه دابة صاحب ذلك الملك ، فان صاحب الدابة الجانية يضمن ، لأنه مسبب متعد . [م ٩٣٨][1] . وإنما قلنا (بدون إذنه) لأن صاحب الدابة اذا كان قد ربطها فى ملك الغير باذن صاحب الملك فأتلفت دابة صاحب الملك فانه لا يضمن لانه بهذه الصورة غير معتد .

(ح) اذا تركت الحكومة مثلاً ساحة ليوقف الناس فيها دوابهم كان لكل أحد أن يوقف دابته فيه ، فاذا أوقف أحد دابته فى ذلك المحل ثم أوقف شخص آخر دابته فيه أيضاً وجنت إحدى الدابتين على الاخرى ، لا ضمان على احد ، لان كل واحد من صاحبي الدابتين مأذون له بالايقاف فى ذلك المحل فلم يكن متعدياً ، فكانت الجناية مقصورة على الدابة وجناية العجماء جبار .

وكذلك الحكم اذا كان محل مشتركاً بين شخصين وقد ربط كل

---

(١) م ٩٣٨ — لو أتلفت الدابة التي كانت قد ربطها صاحبها في ملكه دابة غيره التي أتى بها صاحبها وربطها في ملك ذلك بلا اذنه لايلزم الضمان واذا أتلفت تلك الدابة دابة صاحب الملك فيضمن صاحبها .

منهما دابته فيه فأتلفت إحدى الدابتين الاخرى ، فانه لاضمان على أحد لان لكل منهما حق الربط فى ذلك المحل فلم يكن متعدياً [م ٩٣٩][١]

أما اذا كان المحل الذي ربطا دابتيهما ليس ملكاً لهما ، ولا مأجوراً او معاراً لهما ، ولا مأذوناً لهما بالربط فيه ، وليس لهما حق الربط فيه بوجه من الوجوه ، فاتلفت احدى الدابتين الاخرى ، فان أتلفت دابة السابق دابة اللاحق لا ضمان عليه ، لان كل منهما متعد وإضافة السبب الى اللاحق أنسب ، فكأن هو المسبب لاتلاف دابته ، فلا يضمن السابق ربطاً . وان كان الامر بالعكس ضمن صاحب الدابة اللاحق فى الربط المتلف لدابة السابق فى الربط ، لانه مسبب متعد [م٩٤٠][٢]

---

(١) م ٩٣٩ — إذا ربط شخصان دابتيهما في محل لهما حق الربط فيه فاتلفت احدى الدابتين الأخرى فلا يلزم الضمان . مثلا لو اتلفت دابة أحد الشريكين في دار دابة الآخر عندما ربطاهما في تلك الدار لا يلزم الضمان .

(٢) م ٩٤٠ — لو ربط اثنان دابتيهما في محل ليس لهما فيه حق رباط حيوان وأتلفت دابة الرابط أولا دابة الرابط مؤخراً لا يلزم الضمان واذا كان الأمر بالعكس يلزم الضمان .



كتاب
الحجر والاكراه والشفعة

ينحصر الكلام فى هذا الكتاب بالمواضيع الآتية :

١ — تفسير بعض المصطلحات القانونية المتعلقة بالحجر والاكراه والشفعة .

٢ — أسباب الحجر وأنواع المحجورين .

٣ — الأحكام المتعلقة بالمحجورين حجراً طبعياً .

٤ — الأحكام المتعلقة بالمحجورين بحكم الحاكم وكيفية الحجر عليهم .

٥ — الشفعة وما يتعلق بها من الشروط والأحكام .

تمهيد

وقبل الشروع في تفصيل المواضيع التي عددناها نشير على المطالع مراجعة ما أسلفناه من البحث في نظرية الالتزام مما يتعلق بالاهلية والعقود والتصرفات. ونثبت هنا أيضاً أن الصبي غير المميز والمجنون فاقدان أهلية ممارسة العقود وسائر التصرفات . وان الصبي المميز والمعتوه وذا الغفلة والسفيه ناقصو الاهلية ، أي ان أهليتهم لممارسة العقود والتصرفات غير مطلقة بل هي مقيدة ، فبعض تصرفاتهم تعد معتبرة وبعضها ملغية على ما سيأتي بيانه عند الكلام في تفصيل البحث في المواضيع التي عددناها .

ومن قبيل ناقصي الاهلية المدين المحجور عليه والمريض مرض الموت وسيأتي الكلام عن المدين المحجور عليه . وأما المريض مرض الموت فقد سبق البحث عن تصرفاته في كتاب البيوع وفي كتاب الهبة . وخلاصة الكلام فيه أن تبرعاته بثلث ماله نافذة وتبرعاته بأكثر من ذلك غير نافذة بل هي موقوفة على إجازة الورثة بعد موته . وان بيعه لوارثه موقوف مطلقاً على اجازة الورثة بعد موته . هذا اذا لم تكن تركته مستغرقة بالدين فان كانت مستغرقة بالدين فجميع تصرفاته في تركته تكون موقوفة على اجازة الدائنين بعد موته .

تفسير بعض المصطلحات القانونية

الحجر :

هو لغةً بمعنى المنع ، وفي الاصطلاح القانوني هو منع شخص مخصوص من تصرفه القولي .

والمراد من الشخص المخصوص هو من قام به سبب من أسباب الحجر التي سيأتي ذكرها .

وانما قلنا « من تصرفه القولي » للاحتراز عن التصرف الفعلي فانه غير قابل للحجر ، لان التصرفات القولية هي التي يمكن رفعها بابطالها وعدم اعتبار آثارها وأحكامها ، لأن آثار التصرفات القولية أمور إعتبارية ، وأما التصرفات الفعلية فلا يتصور الحجر على الشخص فيها لان اثرها محسوس لا يرتفع بعد وقوعها ، لذلك كان الفعل الصادر من فاقد الاهلية موجب للضمان من ماله اذا أورث ضرراً كما سبق ذكره فى بحث الاتلاف [م ٩٤١][١] .

وللحجر معنى آخر غير المعنى الذي قررناه آنفاً وهو بمعنى « منع أحد عن الاحتراف بصنعة » ، وذلك عند التأكد من حصول الضرر

---

(١) م ٩٤١ — الحجر هومنع شخص مخصوص عن تصرفه القولي . ويقال لذلك الشخص بعد الحجر محجور .

العام من احتراف أحـــد بصنعة ليس هو من أهلها ، وذلك مثل منع الطبيب الجاهل عن التطبيب ، والمكاري المفلس عن المكاراة ، والمفتي الماجن عن الافتاء ، والمحامي الجاهل عن المحاماة ، وعلى هؤلاء القياس ...

والمراد من المفتي الماجن هو من يعلم الناس الحيل القانونية والشرعية المضرة ، والمراد من المكاري المفلس هو من لا دواب له وليس له مال يشتري به الدواب ومع ذلك يكري دوابه الزعمية فيأخذ من الناس العربون وفى اليوم المعين يخفي نفسه . ومن قبيل هؤلاء أيضاً ، المحتكرون للبيع باكثر من القيمة . فجميع من عددناهم لولي الأمر أن يمنعهم مما هم عليه دفعاً للضرر العام ، فان فى ذلك مصلحة عظيمة [م ٩٦٤][1] .

أما اذا كان ينشأ من إحتراف أحد بصنعة ضرراً خاصاً بأحد فانه لايجوز منعه عن حرفته لان الضرر الخاص لايدفع بمثله ، فليس للحدادين مثلاً أن يطلبوا منع أحد ممن يحترف بالحدادة لمجرد كون إحترافه يوجب كساداً في عملهم ، ولا للتجار أن يمنعوا أحداً من

---

(١) م ٩٦٤ — يحجر على بعض الاشخاص الذين تكون مضرتهم للعموم كالطبيب الجاهل لـكن المراد هنا من الحجر المنع من اجراء العمل لامنع التصرفات القولية .

أرباب التجارة لمجرد كونه يوجب كساداً لتجارتهم [م ٩٦٥](1).

الاذن :

هو لغةً بمعنى الاطلاق . وقانوناً هو إسقاط حق المنع الواقع بسبب الحجر .

وهذا التعريف للاذن هو الذي ذهب اليه أكثر فقهاء الحنفية ، فهو عندهم إسقاط ، والاسقاط لا يتقيد بزمان ولا بمكان ولا بنوع من انواع الأخذ والاعطاء(2).

وقد اختارت المجلة هذا الرأي [م ٩٤٢](3).

وذهب بعض الفقهاء الى انه توكيل أي انه يتضمن توكيل الولي المأذون بأجراء التصرف ، وعلى هذا الرأي ان الاذن يقبل التقيد والتخصيص(4).

---

(١) م ٩٦٥ — إذا اشتغل أحد بصنعة أو تجارة في سوق فليس لأرباب هذه الصنعة أو التجارة أن يحجروه ويمنعوه من اشتغاله بهذه الصنعة أو التجارة قائلين انه يطرأ على ربحنا وكسبنا خلل .

(٢) أنظر المادة ٩٧٠ .

(٣) م ٩٤٢ — الاذن هو فك الحجر واسقاط حق المنع ويقال للشخص الذي أذن مأذون .

(٤) أنظر المادة ١٤٥٦ .

وقد اعترض بأن الاذن لو كان اسقاطاً لما جاز الحجر بعد الاذن ، لان الساقط لا يعود ، مع ان هذا جائز كما هو منطوق المادة ٩٧٣ .

واجيب بأن الاذن بالنسبة للتصرفات التي لم تقع ليس باسقاط لانها لم يقع بعد فلا يكون اسقاطاً الا بعد وقوعها ، فالحجر بعد الاذن هو امتناع عن الاسقاط المذكور .

ويشترط للاذن أن يكون المأذون عاقلاً للتصرف قاصداً إياه ، وان يلحقه العلم بالاذن ، وأن يكون الآذن ذا ولاية الحجر والاطلاق والمنع والاسقاط ، على المأذون .

ومحل الاذن ، هو الصبي المميز والمعتوه والسفيه الذي كسب الصلاح .

وحكم الاذن كون المأذون مالكاً للتصرفات التي هي من قبيل التجارة وتوابعها وضرورياتها .

وركن الاذن هو أن يقول الآذن للمأذون – أذنتك بالتجارة — او مايفيد هذا المعنى .

الصغر :

هو نوعان ، مميز وغير مميز ، فغير المميز هو الصغير الذي لم يبلغ

سبع سنين ، أو كان دون البلوغ ولم يميز كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ، ولا يميز الغبن الفاحش من اليسير .

والصغير المميز هو من أكمل سبع سنين أو تجاوزها دون البلوغ وهو يميز كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ويفرق بين الغبن الفاحش والغبن اليسير .

والمراد من تمييز الغبن الفاحش من اليسير هو أن يكون الصبي عاقلاً . وقيل المراد منه هو أن يفرق التفاوت الفاحش بين القيمتين بحيث انه اذا سئل أن من غبن بالعشرة خمسة ومن غبن بالعشرة واحداً فكيف الفرق بينهما ؟ فان فرق بأن الثاني قليل يسير والاول كثير فاحش فهو مميز والا فلا. وقد ذهبت المجلة الى هذا المعنى [م ٩٤٣][١] .

وبهذا المراد اندفع الاعتراض بأن التفريق بين الغبن الفاحش واليسير يشكل على كثير من التجار فكيف يعرفه الصغير ! وبأن الغبن الفاحش واليسير إصطلاح قانوني لا يعرفه الا من درس القانون أو سمع تفسير هذا المصطلح قانوناً .

---

(١) م ٩٤٣ — الصغير غير المميز هو الذي لا يفهم البيع والشراء ولا يعلم كون البيع سالباً للملك والشراء جالباً له ولا يميز الغبن الفاحش مثل أن يغش في العشرة بخمسة من الغبن اليسير والطفل الذي يميز هذه المذكورات يقال له صبي مميز .

المجنون :

هو من زال عقله ولو كان بالغاً . والمجنون نوعان :

(الاول) المجنون جنوناً مطبقاً ، وهو الذي يستوعب جنونه جميع اوقاته .

(الثاني) المجنون جنونا غير مطبق ، وهو الذي يجن تارة ويفيق اخرى .

وقد اختلف الفقهاء في المدة التي يمتد فيها الجنون ليعتبر مطبقاً فذهب البعض الى انها سنة كاملة ، وبعضهم الى انها اكثر من سنة ، وبعضهم قدرها بيوم وليلة ، وبعضهم قدرها بشهر وهو المأخوذ به . فمن استمر عليه الجنون شهراً عد مجنونا مطبقا ، ومن لا يستمر عليه الجنون شهراً يعد غير مطبق . وحكم المجنون المطبق سيأتي فى المادة ٩٧٩ ، وحكم غير المطبق يأتي فى المادة ٩٠٨ [م ٩٤٤][1] .

المعتوه :

هو الذي اختل شعوره بحيث كان فهمه قليلا وكلامه مختلطاً

---

(١) م ٩٤٤ — المجنون على قسمين أحدهما المجنون المطبق وهو الذي جنونه يستوعب جميع أوقاته . والثاني هو المجنون غير المطبق وهو الذي يكون في بعض الأوقات مجنوناً ويفيق في بعضها .

وتدبيره فاسداً . فهو أقل درجة من المجنون من حيث انه لا يصل درجة الشتم والضرب ومن حيث ان كلامه يشبه كلام العقلاء تارة وكلام المجانين اخرى ، فهو مختلط الكلام [م ٩٤٥] (١)

السفيه والرشيد :

السفه لغة الطيش وخفة العقل ، وقانوناً اضاعة المال وتبديده في غير ما يقتضيه الشرع والعقل ، والسفيه هو من يسرف ماله ويبذره ويبدده فى ما لا مصلحة له فيه ولا غرض صحيحاً له منه ، ولو كان ذلك فى سبيل الخير . فان البر والاحسان مشروعان ، الا ان الاسراف فى كل شيء حرام ممنوع . فالزيادة فى الصرف عن المقدار المعروف يعد سفهاً ولو فى أمر مشروع [م ٩٤٦] (٢)

وقد أدخلت المجلة ذا الغفلة في عموم السفهاء . والأولى عده صنفاً على حدة ، فان ذا الغفلة هو الذي لا يهتدي الى التصرفات الرابحة

---

(١) م ٩٤٥ — المعتوه هو الذي اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلا وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسداً .

(٢) م ٩٤٦ — السفيه هو الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالاسراف والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم واعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون ايضاً من السفهاء .

فيغبن في المعاملات لسلامة نيته ، فهو ليس بمتلف أمواله ولا بقاصد تبديدها في غير مايقضيه الشرع أو العقل . نعم انه يشبه السفيه من حيث النتيجة . ولعل المجلة لاحظت ذلك فأدخلته في زمرة السفهاء .

والرشيد ضد السفيه ، وهو الذي لا يبدد ماله ولا يسرف فيه ويحافظ عليه ، والرشد هو الحصول على تلك الصفة [المادة ٩٤٧][1]

الاكراه :

هو ضد الرضاء والاختيار ، فان الرضاء هو ارتياح النفس وانبساطها من عمل ترغب فيه — وهو شرط لصحة العقود والتصرفات في الاعيان المالية ومنافعها — والاختيار هو ترجيح فعل الشيء على عدم فعله .

والاكراه هو إجبار شخص على عمل شيء بلا حق . وقولنا (بلا حق) يخرج مثل إجبار الحاكم المدين على بيع ماله لأداء الدين ، وكذلك إجباره الراهن على بيع الرهن لايفاء الدين ، ونحو ذينك [م ٩٤٨][2]

---

(١) م ٩٤٧ — الرشيد هو الذي يتقيد بمحافظة ماله ويتوقى من السرف والتبذير .

(٢) م ٩٤٨ — الاكراه هو اجبار أحد على أن يعمل عملا بغير حق من دون رضاه بالاخافة ويقال له المكره (بفتح الراء) ويقال لمن أجبر مجبر ولذلك العمل مكره عليه والشيء الموجب للخوف مكره به .

والاكراه نوعان : ملجيء وغير ملجيء .

فالاكراه الملجيء هو الاجبار الذي يعدم الرضاء ويفسد الاختيار بالتهديد بالقتل أو اتلاف عضو أو احراق كل المال أو ايذاء الآباء والاولاد ايذاءً شديداً أو نحو ذلك من الاضرار الجسيمة .

والاكراه غير الملجيء هو مايعدم الرضاء ويفسد الاختيار بالتهديد بأقل من ذلك . على هذا ذهبت المجلة [م ٩٤٩][1] .

وقال بعض الفقهاء ان تعيين الاكراه الملجيء عن غيره يفوض الى رأي القاضي ، لتفاوت الناس تفاوتاً بيناً فى نحو الاحساس ورقة الطبع وخشونته . وهو قول سديد .

ولا يتحقق الاكراه الا بتوفر اربعة أمور :

(١) أن يكون المكره قادراً على ايقاع ما هدد به .

(٢) أن يغلب على ظن المكره أن المكره ينفذ ما هدد به ان امتنع

(٣) أن يفعل المكره عليه بحضور المكره او بحضور نائب عنه أو يغلب على ظنه ارسال من يحضره اليه لتنفيذ ماهدده به .

---

(١) م ٩٤٩ — الاكراه على قسمين القسم الأول هو الاكراه الملجيء الذي يكون بالضرب الشديد المؤدي الى اتلاف النفس أو قطع عضو . والثاني هو الاكراه غير الملجيء الذي يوجب الغم والألم فقط كالضرب والحبس .

(٤) أن يكون المكره ممتنعاً عن فعل ما اكره عليه . فان لم يوجد واحد من هذه الامور لا يتحقق الاكراه .

الشفعة :

هي مأخوذة من الشفع وهو الضم ، ضد الوتر . يقال شفع الرجل شفعاً اذا ضم اليه آخر ، وهذا المعنى ملحوظ في المعنى الاصطلاحي الذي سنذكره . لأن الشفيع يضم ما يأخذه بالشفعة الى ملكه .

والشفعة قانوناً هي حق تملك العقار المبيع أو ما فى حكم العقار ولو جبراً على المشتري ، بما قام عليه من الثمن والمصاريف . وقولنا (العقار أو ما في حكمه) يخرج المنقولات فانها لا تجري فيها الشفعة ، ويدخل العلو ، لأنه في حكم العقار (انظر المادة ١٠١١) . وقولنا المبيع يخرج العقار الموهوب والموروث ونحو ذلك مما ملك بغير عقد البيع وما فى حكمه . وقولنا « بما قام عليه من الثمن والمصاريف » بيان لما يلزم الشفيع أداؤه عند أخذه المشفوع .

والشفعة كما تجري فى كل المبيع قد تجري فى بعضه ، كما لو اشترى العقار أحد الشفعاء ، فان للشفعاء الباقين حق الشفعة فيما عدا نصيب الشفيع المشتري ، وهو بعض المبيع فى الحقيقة [م ٩٥٠][1]

---

(١) م ٩٥٠ — الشفعة هي تملك الملك المشترى بمقدار الثمن الذي قام على المشتري .

ومن له حق الشفعة يسمى « شفيعاً » [م ٩٥١][1]

والعقار الذى تعلق به حق الشفعة يسمى « مشفوعاً » [م٩٥٢][2]

والعقار الذي كانت الشفعة بسببه يسمى « مشفوعاً به » [م٩٥٣][3]

الخليط :

هو الشريك لشخص آخر في حق الشرب أو حق المرور أو نحوهما من حقوق العقار [م ٩٥٤][4]

حق الشرب :

هو نوعان : حق الشرب الخاص ، حق الشرب العام . فالاول يخص الانهر الصغيرة ، والثاني يخص الانهر الكبيرة . والفارق بين النوعين هو ان المشتركين فى النهر إن كانوا معدودين فحق الشرب منه خاص بهم ليس لغيرهم شرب منه ، وان كانوا غير معدودين فحق الشرب منه عام لكل أحد لا يختص به واحد دون آخر . واختلف الفقهاء في

---

(١) م ٩٥١ — الشفيع هو من كان له حق الشفعة .

(٢) م ٩٥٢ — المشفوع هو العقار الذي به حق الشفعة .

(٣) م ٩٥٣ — المشفوع به هو ملك الشفيع الذي كان به الشفعة .

(٤) م ٩٥٤ — الخليط هو بمعنى المشارك في حقوق الملك كحصة الماء والطريق .

المراد « من المعدودين » فقيل من كان مقدارهم مائة ، وقيل خمسمائة ، وقيل من كان مقدارهم أربعين وقيل يفوض ذلك الى رأي المجتهد .

فاذا تجاوز المقدار الاعداد المذكورة حسب الاقوال المارة ، عد حق الشرب عاماً ، وعد النهر عاماً ، والا كان النهر خاصاً وحق الشرب منه خاصاً .

وقيل النهر الخاص ، ما ينفذ ماؤه في الاراضي التي يمر فيها وحق الشرب منه حق شرب خاص ، وبهذا أخذت المجلة في المادة ١٢٣٩ وهو تحديد حسن [المادة ٩٥٥](١)

الطريق الخاص :

هو الطريق الذي يكون ملكاً لاناس معلومين . وعرفته المجلة بانه الزقاق الذي لم ينفذ [المادة ٩٥٦](٢) ، لكن هذا التعريف غير وافٍ فلا هو جامع ولا مانع ، ألا ترى ان الطريق العام يسد منفذه بعضاً فلا ينفذ مع انه يبقى طريقاً عاماً ، والطريق الخاص قد يتفق أصحابه على فتحه

---

(١) م ٩٥٥ — حق الشرب الخاص هو حق شرب الماء الجاري المخصوص بالاشخاص المعدودة وأما أخذ الماء من الأنهار التي ينتفع منها العامة فليس من قبيل حق الشرب الخاص .

(٢) م ٩٥٦ — الطريق الخاص هو الزقاق الذي لا ينفذ .

وايصاله بالطريق العام فينفذ مع انه لا يزال طريقاً خاصاً ، لأربابه منع العامة من المرور منه .

أسباب الحجر وأنواع المحجورين

سبب الحجر على ماعدا المدين هو مراعاة مصلحته للمحافظة على أمواله والنظر في شؤونه بما يعود عليه بالفائدة . وسببه فى المدين هو مراعاة الدائنين .

والحجر على ثلاثة أنواع :

الاول : ما يمنع التصرف القولي من أصله ، كالحجر على فاقدي الأهلية .

الثاني : ما يمنع نفاذ التصرف القولي ولزومه ، كبيع الصغير المميز شيئاً .

الثالث : ما يمنع وصف النفاذ ، أي يمنع نفاذ العقد في المال كمنع اقرار المحجور عليه بالدين ، فانه اذا أقر لأحد بدين فان إقراره لا ينفذ حالاً ، أي لا ينفذ على الاموال الموجودة وقت الحجر عليه ، ولكنه يكون معتبراً بعد زوال الحجر .

والمحجورون على نوعين :

الأول : المحجورون حجراً طبعياً ، أي محجورون بحكم الشرع والقانون ، فلا يتوقف حجرهم على حكم الحاكم . وهم الصغير غير المميز ، والصغير المميز ، والمجنون ، والمعتوه [م ٩٥٧][١] .

ومن قبيل هؤلاء أيضاً ، المريض مرض الموت ، الا ان حجره مقيد بتصرفه مع الورثة مطلقاً وإقراره لهم ، وبتصرفه بأ كثر من الثلث مع غير الورثة .

الثاني : المحجورون حجراً حكمياً ، أي انهم ليسوا محجورين بطبيعتهم ، أي انهم لايعتبرون محجورين الا بعد صدور حكم الحاكم عليهم بالحجر . وهم السفيه وذو الغفلة والمـــدين [م ٩٥٨ ، ٩٥٩][٢] . فتصرفات هؤلاء قبل حجر الحاكم اياهم تصرفات نافذة لانهم من أصحاب الأهلية حقيقة ، والحجر طارئ عليهم .

والذي له حق طلب الحجر على المدين هم الدائنون ، وعلى السفيه وعلى ذي الغفلة ذوو العلاقة بهم من الاقارب والدائنين لهما .

والحجر على السفيه وذي الغفلة والمدين هو رأي اكثرية الفقهاء

---

(١) م ٩٥٧ — الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم .

(٢) م ٩٥٨ — للحاكم أن يحجر على السفيه .

م ٩٥٩ — للحاكم أن يحجر على المديون بطلب الغرماء .

وعليه العمل . وذهب البعض الى عدم الحجر عليهم ، ناظرين الى أن الحجر على هؤلاء أشد ضرراً ، لانه يسقط أهليتهم واسقاط الاهلية من الانسان شيء عظيم أشد ضرراً من إتلافه أمواله ، فان إطلاق السفيه مثلاً فى تصرفاته أقل ضرراً من إسقاط أهليته نظراً لهذه العلة . ولا يخفى ان هذه نظرة فلسفية ، وأما النظرة العملية فما ذهب اليه اكثرية الفقهاء .

ومما يجب أنه يعلم أن السفيه وذي الغفلة والمدين انما يؤثر الحجر عليهم في التصرفات التي تبطل بالهزل وتحتمل الفسخ ، كالبيع والاجارة والهبة . وأما التصرفات التي لا تبطل بالهزل ولا تحتمل الفسخ ، كالنكاح والطلاق ، فلا يؤثر فيها الحجر ، فاذا تزوج أحد هؤلاء إمرأة اعتبر تصرفه نافذاً ، الا ان المهر لا يزاد عن المثل ، فان زاد ، بطلت الزيادة .

يتضح مما سبق أن أسباب الحجر هي :

الصغر ، والسفه ، والغفلة ، والدين ، ومرض الموت . وهنا سبب آخر وهو الرق ، غير أن الرق بما انه قد أصبح ملغياً بحكم القانون فلا نتطرق اليه . وليس عدا هذه الاسباب سبب يوجب الحجر أو يجوزه ؛ فالفسق وحده مثلاً لا يوجب الحجر والفاسق لا يحجر عليه مالم يحصل منه إسراف فى ماله وتبذير فيه ، سواء كان الفسق فيه أصلياً أم عارضاً .

أما إذا بذر وأسرف في ماله فانه يدخل فى زمرة السفهاء فيحجر عليه لسفهه لا لفسقه [م ٩٦٣][١] .

ولا يخفى أن المحجورين عموماً وان لم يعتبر تصرفهم القولي فان فعلهم اذا أورث ضرراً باحد فانهم يضمنونه ، فلو أتلف الصبي غير المميز أو المجنون مال أحد ضمنه من ماله [م ٩٦٠][٢] .

ويستثنى من هذا الحكم أي حكم المادة ٩٦٠ مسائل ، فلا يضمن المحجور فيها ولو كان الضرر قد نشأ من فعله ، واليك أمثلة من ذلك :

(١) لو باع أحد للصبي غير المميز شيئاً وسلمه اليه فأتلفه ، لا ضمان عليه .

(٢) لو آجر أحد ماله لمجنون أو صبي غير مميز وسلمه اليه فأتلفه ، لا ضمان عليه ولا تلزمه أجرة .

وكذا الحكم في الرهن والقرض والايداع والاعارة ، ففي نحو هذه

---

(١) م ٩٦٣ — لا يحجر على الفاسق بمجرد سبب فسقه ما لم يبذر ويسرف في ماله .

(٢) م ٩٦٠ — المحجورون الذين ذكروا في المواد السابقة وان لم يعتبروا تصرفهم القولي لكن يضمنون حالا الضرر والخسارة اللذين نشآ من فعلهم مثلا يلزم الضمان على الصبي اذا أتلف مال الغير وان كان غير مميز .

العقود ، لو أجرى أحد العقد مع الصغير غير المميز أو المجنون أو المعتوه غير المأذون وسلم المال اليه فأتلفه ، فانه لا ضمان عليه ، وكذلك الحكم لو أجرى أحد هذه العقود مع الصغير المميز غير المأذون على شيء وسلمه المعقود عليه فأتلفه . والسبب فى هذه الاستثناءات ، هو أن العاقد الذي سلم ماله الى اولئك المحجورين يعد انه قد أتلف ماله بتسليمه الواقع ، لانه يعلم أن العقد مع هؤلاء باطل أو غير نافذ وأن التسليم اليهم تضييع للمال . وذهب بعض الفقهاء الى عدم الاستثناء مطلقاً ناظرين الى أن المتلف فاعل مباشر . والاولى أن يفرق فى الحكم بين الصغير المميز والمعتوه وبين غيرهما فيعتبر الضمان مطلقاً فى الأولين ، ويعتبر عدم الضمان مطلقاً مع غيرهما .

الاحكام المتعلقة بالمحجورين حجراً طبعياً

تقدم ان المحجور عليهم حجراً طبعياً هم الصغير غير المميز والصغير المميز والمجنون والمعتوه .

حكم تصرفات الصغير غير المميز :

تصرفات الصغير غير المميز غير معتبرة مطلقاً ، أي سواء كانت نافعة أو ضارة أو مترددة بين النفع والضرر ، وسواء أذنه الولي أم لم يأذنه ، وسواء أجاز الولي أم لم يجز ، فلا يصح بيعه ولا إجارته ولا

كفالته ولا حوالته ولا هبته ولا قبوله الهبة ، وهكذا سائر العقود والتصرفات [م ٩٦٦][1] .

حكم تصرفات الصغير المميز :

تصرفات الصغير المميز على ثلاثة انواع :

(١) تصرفات معتبرة مطلقاً .

(٢) تصرفات باطلة مطلقاً .

(٣) تصرفات موقوفة على اجازة وليه أو اجازته هو بعد البلوغ أو بعد الاذن .

أما التصرفات المعتبرة مطلقاً فهي التي تتضمن النفع المحض ، كقبول الهبة والوصية . ومعنى الاطـلاق انها لا تتوقف على إذن الولي أو اجازته .

وأما الباطلة مطلقاً فهي التي تتضمن له الضرر المحض ، كالهبة والاعارة . ومعنى الاطلاق هو انها لا تصح وان أذنه الولي أو أجازه .

وأما الموقوفة فهي تحتمل الضرر والنفع ، كالبيع والاجارة والرهن . فهذه العقود ونحوها ان صدرت من الصبي المميز بعد الأذن فهي نافذة ، وان صدرت قبل الأذن كانت موقوفة على اجازة وليه أو

---

(١) م ٩٦٦ — لا تصح تصرفات الصغير غير المميز القولية وان أذن له وليه .

اجازته هو نفسه بعد ان يصير مأذوناً أو بعد بلوغه . ولكن يشترط لصحة هذه الاجازات ان يكون له ولي خاص أو عام كالقاضي حين صدور العقد منه ، وإلا فلا عبرة بالعقد ولا بالاجازة بعد ذلك ، وذلك كما لو باع الصبي المميز شيئاً فى ديار اجنبية ولم يكن له ولي ، فان اجازته بعد البلوغ فى هذا العقد غير معتبرة ، وكذا لو نصب عليه ولي بعد صدور العقد فاجاز العقد ، فانه لا تعتبر هذه الاجازة ، ولا ذلك العقد . والسبب في ذلك هو ان العقد قد وقع فى وقت لم يكن فيه للصبي ولي خاص ولا عام . وهنا قاعدتان لمعرفة العقود الباطلة والموقوفة بالنسبة الى الصغير المميز :

القاعدة الاولى : كل تصرف ليس لولي الصغير أو وصيه ان يتعاطاه في مال الصغير ، فهو باطل إذا تعاطاه الصغير نفسه أو تعاطاه اجنبي فضولاً ، ولا تعتبر فيه اجازة ولا اذن .

القاعدة الثانية : كل تصرف يجوز لولي الصغير أو وصيه ان يتعاطاه في حال الصغر فانه إذا صدر من الصغير نفسه أو من اجنبي فضولاً ، كان موقوفاً على اجازة الولي أو الوصي ، أو اجازة الصغير بعد الأذن أو بعد البلوغ .

واعلم ان اجازة الولي انما تعتبر فى العقود المذكورة إذا لم يكن فى

العقد غبن فاحش ، لأنها بالغبن المذكور تصبح ضرراً محضاً .

ثم ان هذا التوقف على الاجازة انما هو إذا عقد الصبي تلك العقود لنفسه ، اما لو عقدها لغيره كأن يكون وكيلاً عنه ، فانها تعتبر نافذة ولا تتوقف على اجازة أو اذن ، إذ لا ضرر فيها عليه [م ٩٦٧][1] .

لا يقال : يستفاد من هذه المادة ان البيع لو صدر من الصبي باكثر من ثمن المثل كان موقوفاً ايضاً مع انه نفع محض .

لأنا نقول المراد من التصرفات التي هي نفع محض هو ما كان جنسها نفعاً محضاً ، ومن التي هى ضرر محض ما كان جنسها ضرراً محضاً ومن المترددة بين الضرر والنفع ما كان جنسها متردداً بينهما ، لا الجزئيات .

---

(١) م ٩٦٧ — يعتبر تصرف الصغير المميز اذا كان في حقه نفع محض وان لم يأذن به الولي ولم يجزه كقبول الهدية والهبة ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان أذنه بذلك وليه وأجازه كأن يهب لآخر شيئاً وأما العقود الدائرة بين النفع والضرر في الأصل فتنعقد موقوفة على اجازة وليه ووليه مخير في اعطاء الاجازة وعدمها فان رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا مثلا إذا باع الصغير المميز مالا بلا اذن يكون نفاذ ذلك البيع موقوفاً على اجازة وليه وان كان قد باعه بأزيد من ثمنه لأن عقد البيع من العقود المترددة بين النفع والضرر في الأصل .

وجنس البيع يحتمل الضرر والنفع وان كان بعض افراد البيوعات نفعاً محضاً وبعضها ضرراً محضاً .

رفع الحجر :

لا يرتفع الحجر عن المجنون إلا بعد الافاقة ، واما الصغير فيرتفع الحجر عنه بصورتين : الاولى في حالة بلوغه رشيداً وسيجيء البحث عن هذه الصورة قريباً . والثانية اذا اذنه الولي بعد ان صار مميزاً .

فان الصغير المميز اذا أذنه الولي ارتفع عنه الحجر في الخصوصات التي يتضمنها الأذن وليست هي ضرراً محضاً ، غير ان بين الصورتين فرقا واضحا وهو ان البلوغ يرفع الحجر رفعا لازما ، والاذن يرفعه رفعا غير لازم فيجوز للولي أن يحجره بعد الأذن .

الاذن :

للولي ان يأذن للصغير المميز . وذلك أن يدفع اليه شيئاً من أمواله ويأذنه بالتصرف فيها لأجل التجربة فاذا تحقق رشده من تلك التجربة كان له ان يدفع اليه جميع امواله ، ولا ضمان عليه حينئذ اذا تلفت في يده بعد ذلك ، بخلاف ما اذا دفعها اليه قبل تحقق رشده ، فانها اذا تلفت في هذه الحالة ضمنها .

والحاصل ان المسوغ لدفع المال الى الصبي هو الرشد لا البلوغ فاذا

كان رشيداً جاز للولي دفع المال اليه وان كان غير بالغ ، وإن لم يكن رشيداً فليس له دفع المال اليه وان كان بالغاً [م ٩٦٨] غير ان القوانين قد حددت سن الرشد في بعض الخصوصات .

ويشترط لصحة الاذن للصغير لحوق علم الصغير بالاذن حتى لو تصرف الصغير غير عالم بالأذن له لايعتبر تصرفه ، فلو قال الأب لجماعة من التجار اني أذنت ابني الصغير فى التجارة فعاملوه ولكن لم يلحق الصغير علم بهذا الاذن ، فانه لا يعتبر مأذوناً . ووصول العلم اليه يكون بارسال كتاب اليه أو باخبار العادل اياه أو باخبار اثنين غير عادلين أو بمشافهة الولي اياه بذلك .

وللاذن نوعان : إذن صراحة وإذن دلالة .

فالاذن صراحة يتحقق بقول الولي للصغير أذنتك بالتجـــارة ، وكذا باذنه اياه بالعقود المكررة التجارية ، كقوله له بع واشتر ، أو بع واشتر المال الفلاني ، فان هذا القول يساوي قوله أذنتك بالتجارة . وكذلك لو قال له آجر نفسك فى العمل الفلاني ، فانه إذن بعمل مكرر لأنه اذا لم يعين المستأجر كان قد أمره بالعقد مع اي مستأجر يرغب في ذلك العمل ، فكان إذناً بعقود مكررة ومثل هذا أيضاً لو أعطى الولي سيارة للصغير وقال له كار عليها .

أما لو أذنه بعقد خاص، كأن يقول له بع المال الفلاني، أو اشتر المال الفلاني فانه لا يكون إذناً لأنه ليس إذناً بعقود مكررة بل هو توكيل للصغير واستخدام له في ذلك لأجل الولي، غير انه اذا كان العمل المأذون بالعقد الخاص فيه لا يمكن ايفاؤه بعقد واحد، أو كان ذلك العمل مما لا يمكن أن يعد من قبيل الاستخدام فانه يكون اذناً عاماً. مثال الاول، لو دفع له دراهم كثيرة وامره بشراء مال لا يمكن عادة شراؤه بتلك الدراهم مرة واحدة. ومثال الثاني، لو غصب الصبي مالاً وأمره وليه ببيعه متفرقاً فانه لا يمكن حمل البيع المذكور على الاستخدام في مصلحة الولي.

ولو أمره بالمحاسبة مع دائنيه، أو بالنظارة على حقله، أو نحو ذلك لا يكون اذناً عاماً.

ويستبان مما تقدم أن الاذن نوعان، عام وخاص. ويعبر عن الاول بثلاثة اسماء: الاذن العام، الاذن بالعقود المكررة، الاذن بالتصرف النوعي. ويعبر عن الثاني بثلاثة اسماء ايضاً وهي: الاذن الخاص، الأمر بعقد واحد، الأمر بالتصرف الشخصي [م ٩٦٩][1]

---

(١) م ٩٦٩ — العقود المكررة التي تدل على انه قصد منها الربح هي إذن بالأخذ والاعطاء. مثلا لو قال الولي للصغير بع واشتر أو قال له بع واشتر المال =

وأما الاذن دلالة فهو كما اذا علم الولي - غير الحاكم - أن الصغير المميز يبيع ويشتري ولم يمنعه فانه يكون إذناً له دلالة [م ٩٧١][1]. وانما قلنا « علم الولي » لأن المقصود من قول المادة « اذا رأى » هو العلم لا مجرد الرؤية بالبصر. وقلنا « غير الحاكم » لأن اطلاع الحاكم على ذلك لا يعتبر اذناً. وقلنا « ولم يمنعه » لأنه لو كان قد منعه فانه لا يبقى حكم للاذن، لأن الصراحة تمنع الدلالة، فلو أعلن الولي قائلاً بأني اذا رأيت الصغير يتعاطى التصرفات ولم أمنعه فلا تعتبروا ذلك اذناً مني له، لم يكن سكوته بعد ذلك اذناً.

قد تقدم أن الاذن اسقاط، والاسقاط لا يقبل التقيد والتخصيص بزمان أو مكان ولا بنوع من البيع والشراء دون نوع. وعلى هذا اذا تحقق الاذن للصغير فان الصغير يتصرف بعد ذلك بالامور التجارية كيفما شاء، ولو بغبن فاحش لأن المأذون يعتبر بحكم البالغ في الخصوصات المأذون بها، على ما سيجيء قريباً.

= الفلاني فهو اذن بالبيع والشراء وأما أمر الولي الصبي باجراء عقد واحد فقط كقوله له اذهب الى السوق واشتر الشيء الفلاني أو بعه فليس باذن بل انما يعد من قبيل استخدام الصغير توكيلا على ما هو المتعارف والمعتاد.

(١) م ٩٧١ — كما يكون الاذن صراحة يكون دلالة ايضاً مثلا لو رأى الولي الصغير المميز يبيع ويشتري ولم يمنعه وسكت يكون قد أذنه دلالة.

مثلاً لو أذن الولي الصغير المميز يوماً او شهراً ، فانه يكون مأذوناً مطلقاً ويبقى مستمراً على ذلك الأذن مؤبداً ما لم يحجره الولي بعد ذلك . وكذلك لو قال له بع واشتر فى السوق الفلاني ، فانه يكون مأذوناً فى كل مكان . وكذا لو قال له بع واشتر المال الفلاني ، فان له أن يبيع ويشتري كل جنس من المال . وكذا لو أذنه وقال له لا تبع بالغبن الفاحش فان له أن يبيع ولو بالغبن الفاحش ، لأن التاجر قد يبيع بالغبن الفاحش في صفقة ليربح في صفقات .

والأساس فى جميع هذه الفروع هو ان الاذن اسقاط فهو لا يتقيد بزمان ولا بمكان ، وان المأذون بحكم البالغ في الخصوصات المأذون بها . فالاذن كالحجر لا يقبل التجزئة . نعم اذا ظهر للولي ان من اذنه لا يحسن التصرف ، كان له ان يحجره ويسلب منه الاذن (انظر المادة ٩٧٠) .

ويلاحظ ان على الولي ألا يمتنع عن اذن الصغير بالتجارة اذا كان اهلاً للتصرفات النافعة ، فاذا كان الصغير المميز اهلاً للقيام بالتصرفات النافعة وامتنع الولي عن اذنه ، فللحاكم حينئذ ان يأذن له بذلك ، غير ملتفت للولي الخاص ، لأن الولاية حينئذ تنتقل الى الحاكم نظراً الى ان في امتناع الولي الخاص عن الاذن فى هذه الصورة ضرراً للصغير ،

وليس لسائر الأولياء بعد ذلك حق الحجر على هذا المأذون ، حتى ولو مات الحاكم الآذن ، او عزل ، لأن في اذن الحاكم معنى الحكم والقضاء وان ما يعمله الحاكم حسب وظيفته من المعاملات والاحكام والاقضية لا تبطل بموته او عزله وليس لأحد نقضها ، اللهم الا بالطرق القانونية المعروفة [م ٩٧٥][1] .

نعم ، لذلك الحاكم الآذن ، او لحاكم آخر ان يحجر على ذلك الصغير بعد الاذن المذكور . لا يقال الاذن حكم وحكم الحاكم لا يبطل الا اذا كان خطأ . لأنا نقول ليس الاذن حكما من كل وجه بل هو حكم من وجه وافتاء من وجه ، كالحجر على ما سيجيء فمن جهة كونه افتاء صح الحجر بعد الأذن . لا يقال كيف يفتى بشيئين متناقضين فى شخص واحد ، لأنا نقول لا مانع فى ذلك اذا اختلف الزمان واختلفت الاسباب [م ٩٧٧][2] .

---

(١) م ٩٧٥ — للحاكم أن يأذن للصغير المميز عند امتناع الولي الذي هو أقدم منه عن الاذن إذا رأى في تصرفه منفعة وليس للولي الآخر أن يحجر عليه بعد ذلك .

(٢) م ٩٧٧ — الصغير المأذون من حاكم يجوز أن يحجر عليه من ذلك الحاكم أو من خلفه وليس لأبيه أو غيره من الأولياء أن يحجر عليه عند موت الحاكم أو عزله .

واعلم ان الاذن للصغير المميز الحاق له بالبالغ فى التصرفات التي هي من نوع التجارة او لوازمها ، فتنفذ جميع تصرفاته فى تلك الخصوصات كما تنفذ تصرفات العاقل البالغ ، فله البيع والشراء والاجارة ، والتوكيل فى التصرفات ، والرهن ، والارتهان ، وتأجيل الدين ، والاعارة ، والمساقاة . والمزارعة ، والمضاربة ، والابضاع ، وشركة العنان ، والاستقراض ، وان يكون مدعياً ، ومدعى عليه ، والنكول عن اليمين عند توجيهها عليه فى الدعوى على الرأي الراجح ، وهدية اليسير من الطعام ، والحط من ثمن المبيع المعيب بالقدر المتعارف عند التجار ، والاقرار فيما يعود الى التصرفات المأذون بها . فان جميع ماعددناه من المعاملات والتصرفات له صلة وعلاقة بالتجارة .

ولا تعتبر اقراراته فيما لاعلاقة له بالتجارة ، كاقراره بالكفالة بالمال او بالمهر او بشركة المفاوضة ، او الهبة ، ونحو ذلك مما هو غير مأذون به[1] حتى لو أقر في مرض موته بما هو من نوع التجارة اعتبر من جميع ماله اذا لم تكن عليه ديون صحة ، ومن الفاضل بعد دين الصحة وان كانت عليه ديون صحة . وانما قلنا « على القول الراجح » بعد قولنا « والنكول عن اليمين ... » لأن فريقاً من الفقهاء ذهب الى أن الصبي

---

(١) انظر المادة ١٥٧٣ .

المميز لا يحلف ولو كان مأذوناً ، فلا عبرة بنكوله على هذا القول ولا يحكم عليه بسبب نكوله ، وانما قيدنا المبيع بكونه معيباً عند قولنا « والحط من ثمن ... » لأن المبيع اذا لم يكن معيباً لا يصح حط الصغير من الثمن شيئاً لانه ، حينئذ يكون تبرعاً محضاً ، بخلاف ما اذا كان معيباً وطلب المشتري فسخ العقد ، فأن حط الصغير من الثمن لابقاء العقد صحيح وليس تبرعاً لأن هذا الحط مقابل للعيب [م٩٧٢][1] .

وهنا مسألة : وهي لو أقر الصغير المأذون بغصب فما الحكم ؟ ذهب أكثر الفقهاء الى اعتبار هذا الاقرار ، لأن ضمان الغصب ضمان تجارة ، لأنه معاوضة فان الغاصب يملك المغصوب بالضمان ، وذهب فريق الى عدم اعتبار هذا الاقرار نظراً الى انه ليس بعمل تجاري .

مبطلات الاذن :

يبطل الاذن بأحد الامور الآتية :

اولاً — أن يحجره الولي بعدما أذنه . ويشترط لاعتبار هذا الحجر أمران :

(١) ان يعلم المأذون بالحجر المذكور ، أي أن يصل اليه العلم بذلك .

---

(١) م ٩٧٢ — لو اذن للصغير من قبل وليه يكون في الخصوصات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ وتكون عقوده التي هي كالبيع والشراء معتبرة .

(٢) اذا كان الاذن السابق قد شاع عند الناس فيلزم لاعتبار هذا الحجر الثاني ان يشيع ايضاً. فلا عبرة في الحجر بعد الاذن قبل وصول خبر هذا الحجر الى المحجور وقبل شيوعه. اما اذا كان الاذن غير شائع كأن يأذن الولي الصغير بحضور شخصين او ثلاثة او بينه وبين الصغير فقط فيكفي اعلام اولئك الاشخاص فى الوجه الاول، واعلام الصغير فى الوجه الثاني [م ٩٧٣][1].

ثانياً — أن يتوفى الولي الذي صدر منه الاذن ولم يعلم بموته أحد، فمجرد موت هذا الولي يسقط الاذن ولو لم يعلم المأذون بموته، فيصبح محجوراً بمجرد الوفاة. ولا يقاس هذا الحجر على الحجر في المادة (٩٧٣) التي اشترط فيها وصول العلم اليه، لأن سقوط الاذن بموت الولي وانحجار المأذون بسبب ذلك أمر ضروري واقعي طبعاً فلا يتوقف على حصول العلم للمأذون [م ٩٧٦][2]. ونظير هذا الوكالة، فان الوكيل

---

(١) م ٩٧٣ — للوصي أن يحجر الصغير بعدما أذنه ويبطل ذلك الاذن ولكن يشترط أن يحجره على الوجه الذي أذنه به مثلا لو اذن الصغير وليه اذناً عاماً فصار ذلك معلوماً لأهل سوقه ثم أراد أن يحجر عليه فيشترط أن يكون الحجر ايضاً عاماً فيصير معلوماً لأكثر أهل ذلك السوق ولا يصح حجره عليه بمحضر رجلين أو ثلاثة في داره .

(٢) م ٩٧٦ — إذا توفى الولي الذي جعل الصغير مأذوناً يبطل اذنه ولكن لا يبطل اذن الحاكم بوفاته ولا بعزله .

ينعزل بعزل الموكل إياه ، ولـكن لا يعد معزولاً إلا بعد وصول خبر العزل اليه ، غير أنه ينعزل بوفاة الموكل مطلقاً ، علم بها الوكيل او لم يعلم .

فالوفاة توجب سقوط الاذن وعزل الوكيل مطلقاً ، لأن تصرف المأذون والوكيل مستمد من تصرف الآذن والموكل ، فاذا سقطت أهلية التصرف من الاصل سقطت من الفرع .

ثالثاً ـــ أن يجن الولي الذي صدر منه الاذن ، أو أن يسقط من الولاية بسبب من الاسباب الاخرى .

رابعاً ـــ أن يجن المأذون جنوناً مطبقاً ، أما غير المطبق فلا يبطل الاذن .

الولي على الصغير :

المراد من الولي ، الذي له حق الاذن للصغير وحق الحجر عليه بعد الاذن هو ابو الصغير ثم وصيه المختار ثم الوصي الذي نصبه وصي الأب ثم جد الصـــغير ثم الوصي الذي اختاره الجد ، ثم الوصي الذي نصبه وصي الجد ثم القاضي او الوصي المنصوب من قبله . فالاذن والحجر بعد الاذن ثابت لهؤلاء على الترتيب المذكور . اللهم إلا إذا امتنع غير القاضي من الاولياء عن الاذن فأن للقاضي أن يأذن للصغير إذا رأى في تصرفه نفعاً على ما سبق ذكره . وليس لغير هؤلاء حق الاذن او

الحجر على الصغير [م ٩٧٤][1] .

واعلم ان التصرف على الصغير على ثلاثة انواع :

الاول — التصرف الذي هو من باب الولاية ، فلا يملكه إلا الولي المذكور في هذه المادة ، كالانكاح والشراء والاذن والحجر بعد الاذن ونحو ذلك .

الثاني — التصرف الذي تقتضيه ضرورة حال الصغار كشراء الغذاء واللباس والشراب لهم . فنحو هذه التصرفات كما يملكه الاولياء المذكورون يملكه من يكون الصغير فى حجره وتحت تربيته من أخ ، وعم ، وأم ، وملتقط .

الثالث — التصرف الذي هو نفع محض للصغير ، كقبول الهبة ، والصدقة وقبضهما . وهذا النوع من التصرفات يملكه المذكورون في المادة الآنفة الذكر المبحوث فيها ، ويملكه الصغير المميز نفسه أيضاً ،

---

(١) م ٩٧٤ — ولي الصغير في هذا الباب أولا أبوه ثانياً الوصي الذي اختاره أبوه ونصبه في حال حياته اذا مات أبوه ثالثاً الوصي الذي نصبه الوصي المختار في حال حياته اذا مات رابعاً جده الصحيح أي أبو أبي الصغير أو أبو أبي الأب خامساً الوصي الذي اختاره الجد ونصبه في حال حياته سادساً الوصي الذي نصبه هذا الوصي سابعاً القاضي أو الوصي المنصوب من قبله وأما اذا اذنه أخوه أوعمه وسائر الأقارب ان لم يكونوا أوصياء فاذنهم غير جائز .

ويملكه من يكون الصغير فى حجره من أخ وعم وأم وملتقط ، فيملكون هذا التصرف وان كان الولي حاضراً على رأي . وذهب الا كثرون الى ان ولي التربية من أخ وعم وأب وملتقط ؛ لا يملك قبول الهبة اذا كان الولي الاصلي حاضراً ، وقد سبق ذلك فى كتاب الهبة .

فالاولياء المذكورون فى المادة (٩٧٤) التي نحن بصددها لهم الحق فى الأنواع الثلاثة من التصرفات . وغيرهم من الاولياء ليس لهم التصرف فى النوع الأول . وأيضاً ، ان هؤلاء الاولياء لهم التصرف على الصغير ولو لم يكن في حجرهم وتربيتهم ، وغيرهم من الاولياء لا يملكون التصرف على الصغير فى النوع الثاني والثالث إلا اذا كان الصغير في حجرهم وتربيتهم .

وليس لوصي الأم التصرف في تركة الأم مع وجود الأب أو وصيه أو الجد أو وصيه . وإذا لم يوجد أحد من اولئك فله حفظ التركة وله بيع المنقول لأجل الحفظ لا التجارة ، وعلى القاضي اذا لم يوجد للصغير أب أو وصيه أو جد أو وصيه ان ينصب على الصغير وصياً فيأخذ المال المحفوظ عن وصي الأم .

ثم أن ولاية هؤلاء ، أي الأب ومن بعده ، تجوز لهم التصرف والاتجار في مال الصغير كما تجوز لهم الاذن له ، فلهم ايجار المنقول وغير

المنقول بيدل المثل أو الغبن اليسير ، ولهم شراء الاموال له بلا غبن فاحش ، وتفصيل الكلام عن الاوصياء وحقوقهم ووجائبهم مرجعه كتاب الوصايا من كتب الفقه فليراجع عند الاقتضاء .

دفع أموال الصغير بعد البلوغ :

لايخلو الصغير عند بلوغه من اربع احوال :

الاولى — ان يبلغ رشيداً معلوم الرشد ، وفي هذه الحالة يجوز للولي ان يدفع اليه امواله بلا تجربة . ولا ضمان عليه لو دفعها اليه في هذه الحال فهلكت فى يده .

الثانية — ان يبلغ غير رشيد . وفي هذه الحالة لايجوز للولي ان يدفع اليه شيئاً من امواله لا على سبيل الاصالة ولا على سبيل التجربة . فلو دفع اليه شيئاً من ماله فهلك في يده ضمنه له . وهذا الحكم متفق عليه ، غير ان أبا حنيفة حدد لذلك مدة وهي اكمال سن الخامسة والعشرين من العمر ، فاذا اكمل هذه المدة تدفع اليه امواله . هذا من جهة دفع الأموال اليه . أما من جهة تصرفاته اذا بلغ غير رشيد فعند ابي حنيفة ان جميع تصرفاته تعتبر نافذة ، لأن ابا حنيفة لايرى الحجر على السفيه . وذهب ابو يوسف الى انه بالبلوغ زال عنه الحجر الطبعي فاذا اريد منعه من التصرف بسبب كونه غير رشيد فلا بد من حجر الحاكم

عليه لسبب السفه ، فتصرفاته بعد البلوغ وقبل حجر الحاكم عليه نافذة وعند محمد انه يبقى محجوراً بالحجر الذاتي الاول ولا حاجة لحجر جديد عليه . فتصرفاته بعد بلوغه غير رشيد نافذة ، بل حكمها كتصرفاته قبل البلوغ والظاهر من المجلة اختيار رأي محمد ، وهو اضمن نفعاً للصغير [م ٩٨٢][1].

والفائدة من عدم دفع المال اليه قبل الخامسة والعشرين عند ابي حنيفة مع انه غير محجور عليه عنده وتصرفاته نافذة ، هي منعه من التبذير بالهبة والاهداء ونحو ذلك ، فان المال اذا كان بيده سهل عليه ذلك ، وأغلب تصرفاته هي من هذا النوع عادة . وبما انه غير محجور عليه على رأي أبي حنيفة فاذا باع شيئاً من ماله يؤمر وليه بتسليمه الى المشتري على قول ابي حنيفة . وسيأتي الكلام عن حكم السفيه قريباً .

الثالثة — ان يبلغ مجهول الحال رشداً وسفهاً ، أي غير معلوم الرشد أو السفه . وفى هذه الحالة يجوز للولي ان يدفع اليه امواله على رأي بعض الفقهاء ، والا للزم إلا تعطى الاموال لأي بالغ إلا اذا اثبت رشده . ولكن في هذه الصورة على الولي ألا يجازف فى دفع المال اليه

---

(١) ٩٨٢ — اذا بلغ الصبي غير رشيد لم تدفع اليه أمواله ما لم يتحقق رشده ويمنع من التصرف كما في السابق .

بل عليه ان يستعمل التجربة بأن يدفع اليه قسطاً من المال ويرى صحة تصرفه من عدمها . ويظهر من هـذا الرأي انه لو دفع اليه امواله كلها فهلكت في يده لا ضمان عليه . وذهب بعض الفقهاء الى انه اذا كان مجهول الحال فلا تدفع اليه جميع امواله إلا بعد ان يتحقق رشده ويجوز ان يدفع اليه شيء من امواله لأجل التجربة فاذا تحقق رشده تدفع اليه جميع امواله .

والظاهر من المجلة انها أخذت بهذا الرأي الاخير ولا شك انه اضمن نفعاً للصغير [م ٩٨١](١) .

الرابعة — أن يتحقق لدى الحاكم كونه رشيداً . وفى هذه الحالة يجب على الولي ان يدفع اليه أمواله اذا طلبها منه ، فلو هلكت فى يده بعد ان طلبها وامتنع من تسليمها اليه ، ضمن ، لانه يعد حينئذ بحكم الغاصب ، بخلاف ما لو هلكت في يده قبل الطلب او هلكت فى يده بعد امتناعه من التسليم اذا لم يكن قد ثبت لدي الحاكم رشده ، بعلة ان رشده غير معلوم عنده ولا متحقق عند الحاكم .

والحاصل أنه دفع المال الى الصغير قبل ثبوت رشده بحجة شرعية

---

(١) م ٩٨١ — لا ينبغي أن يستعجل في اعطاء الصبي ماله عند بلوغه بل يجرب بالتأني فاذا تحقق كونه رشيداً تدفع حينئذ اليه أمواله .

او بالتجربة ، غير جائز . فاذا دفع الولي للصغير أمواله اليه قبل ذلك فتلفت في يده او أتلفها فان الولي يضمنها للصغير [م ٩٨٣] (١) . هذا ماذهبت اليه المجلة ، ولبعض الفقهاء آراء أخرى سبقت الاشارة اليها فى التفصيل الآنف الذكر .

واذا سلم الولى أموال الصغير اليه لكونه بلغ رشيداً ثم ظهر كونه سفيهاً فان على الحاكم أن يحجره بناء على السفه [م ٩٨٤] (٢) .

البلوغ :

المراد من البلوغ ، هو وصول الصغير الى صف الرجال ، ووصول الصغيرة الى صف النساء ، ومبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتا عشرة سنة وفى المرأة تسع سنين ، ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة . والمدة الفاصلة بين المبدأ والمنتهى تسمى مدة المراهقة فالصغير فيها يقال له « مراهق » والصغيرة في تلك المدة يقال لها « المراهقة » [م ٩٨٦] (٣) .

---

(١) م ٩٨٣ — وصي الصغير إذا دفع اليه ماله قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير أو اتلفه الصغير يصير الوصى ضامناً .

(٢) م ٩٨٤ — إذا أعطي الى الصغير ماله عند بلوغه ثم نحقق كونه سفيهاً يحجر عليه من قبل الحاكم .

(٣) م ٩٨٦ — مبدأ سن البلوغ في الرجل اثنتاعشرة سنة وفي المرأة تسع =

واذا بلغ الصغير أو الصغيرة منتهى سن البلوغ يعتبر بالغاً على كل حال أي سواء ظهرت عليه علائم البلوغ أم لا [م ٩٨٧][1]. واذا كان في دور المراهقة فان أقر بحضور الحاكم ببلوغه، فان كذبه ظاهر الحال كعدم تحمل جثته هذا الادعاء، لن يصدق إقراره، وإن كان ظاهر الحال يصدق إدعائه بان كانت جثته ناهضة قوية فان إقراره يصدق، فتكون عقوده وتصرفاته وإقراراته قصيرة بعد ذلك. فلو أراد فسخ تصرفاته القولية الواقعة بعد هذا الاقرار بادعائه انه لم يكن بالغاً وقت الاقرار لا يلتفت الى قوله هذا ولا يعتبر لان إقراره السابق قد صدقه ظاهر الحال فصدقه الحاكم فليس له الرجوع عنه ولأن من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه [م ٩٨٩][2].

= سنين ومنتهاه في كليهما خمس عشرة سنة واذا اكمل الرجل اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ يقال له المراهق وان اكملت المرأة تسعاً ولم تبلغ يقال لها المراهقة إلى أن يبلغا.

(١) م ٩٨٧ — من أدرك سن البلوغ ولم تظهر فيه آثار البلوغ يعد بالغاً حكماً.

(٢) م ٩٨٩ — إذا أقر المراهق أو المراهقة في حضور الحاكم ببلوغه فان كانت جثة ذلك المقر غير متحملة للبلوغ وكان ظاهر الحال مكذباً له لأجل ذلك فلا يصدق وان كانت جثته تتحمل البلوغ ولم يكذبه ظاهر الحال يصدق وتكون عقوده وأقاريره نافذة معتبرة ولو أراد بعد ذلك أن يفسخ تصرفاته القولية بأن يقول اني في ذلك الوقت أي حين أقررت بالبلوغ لم أكن بالغاً فلا يلتفت الى قوله.

اما الصغير الذي لم يدرك مبدأ سن البلوغ فلايعتبر اقراره بالبلوغ مهما كانت جثته وقوة بدنه [م ٩٨٨][١] .

علائم البلوغ :

علائم البلوغ للرجال عديدة ، منها الاحتلام ومنها الاحبال . وكذلك في النساء فمنها الحيض والحبل . وهنا علامات أخرى ذكرها الفقهاء [م ٩٨٥][٢] . فاذا اكمل الصغير الخامسة عشرة من العمر يعتبر ان هذه العلائم متحققة فيه ، لأن الغالب الشائع ثبوت هذه الاحوال لمن اكمل هذا السن . والعبرة للشائع الغالب .

والصغير الذي لم يكمل الثانية عشرة من العمر والصغيرة التي لم تكمل التاسعة من عمرها لا يجوز ان يعتبرا بالغين مطلقاً ولو ادعيا ظهور علامات البلوغ فيهما ، لأن مثل هذا نادر في الطبيعة ولا عبرة للنادر .

اما من وصل دور المراهقة فبما ان هذا الدور يحتمل البلوغ فاذا اعترف الصغير أو الصغيرة فى هذا الدور بالبلوغ وصدقهما ظاهر الحال يعتبران بالغين بناء على اقرارهما وعدم تكذيب ظاهر الحال لاقرارهما .

ولا يخفى ان تحديد مبدأ سن البلوغ ومنتهاه يختلف باختلاف

---

(١) م ٩٨٨ — الصغير الذي لم يدرك سن البلوغ إذ ادعى البلوغ لايقبل .

(٢) م ٩٨٥ — يثبت حد البلوغ بالاحتلام والاحبال والحيض والحبل .

المناطق الحارة والمناطق الباردة ، فلا يبعد صحة الأخذ بتقدير هذا السن بالنظر الى ذلك . ولكن نظراً الى المجلة التي هي قانون ، لا يمكننا السير في المعاملات المدنية بين الاشخاص إلا بالنظر الى المبادىء التي اقرتها المجلة والتي مر ذكرها آنفاً .

المعتوه :

المعتوه كالصغير فيما مر من الاحكام من حيث التصرف والأذن والحجر بعد الأذن ، وجميع ما مر من المسائل المتعلقة بالصغير المميز [م ٩٧٨][1] .

فينفذ تصرفه في قبول الهبة والصدقة ونحوهما مما هو نفع محض . وتبطل هبته وتصرفه وهديته ونحوهما مما هو ضرر محض . ويتوقف بيعه وشراؤه ونحوهما مما يتردد بين النفع والضرر ، على اجازة وليه ، ولكن يشترط لاعتبار هـذه الاجازة ان يعقل المعتوه عند قيامه بالتصرفات المذكورة ان البيع سالب والشراء جالب ، والا بطل تصرفه المذكور ولا عبرة باجازة وليه .

وان الحاق المعتوه بالصغير فى الاحكام السابقة مطلق عند بعض الفقهاء ، أي سواء بلغ معتوها أو بلغ عاقلاً ثم عرض عليه العته . وذهب

---

(١) م ٩٧٨ — المعتوه هو في حكم الصغير المميز .

فريق من الفقهاء الى انه اذا بلغ الشخص عاقلاً ثم عرض عليه العته فان الولاية عليه تعود الى الحاكم حصراً ، فليس للأب أو غيره من الاولياء حق اعطاء الأذن له . والظاهر من اطلاق المجلة اختيار المذهب الأول . ومثل هذا الاختلاف فى أمر الولاية جار فى حق المجنون ايضاً .

المجنون :

تقدم الكلام عن تعريف المجنون وانواعه ونبحث هنا عن الفرق بين نوعيه من حيث الحكم . فالمجنون جنوناً مطبقاً جميع تصرفاته باطلة لفقدان الاهلية ، فهو ملحق بالصغير غير المميز [م ٩٧٩](١) .

والمجنون جنوناً غير مطبق ان وقع تصرفه فى حال افاقته كانت جميع تصرفاته صحيحة لأنه حينئذ حائز للأهلية فهو ملحق بالكامل العقل ، وقت الافاقة ، وان وقعت في حال جنونه كانت جميع تصرفاته باطلة ، لأنه حينئذ ملحق بالمجنون المطبق .

الاحكام المتعلقة بالمحجورين بحكم الحاكم وكيفية الحجر عليهم

الذين يحجر عليهم بحكم الحاكم هما السفيه والمدين ، فاذا تحقق لدى الحاكم سفه أحد حكم عليه بالحجر واذا ظهر للحاكم مماطلة المدين في أداء

---

(١) م ٩٧٩ — المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز .

دينه وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم عليه .

واذا حجر الحاكم على السفيه أو المدين فعليه . ان يعلن للناس سبب الحجر ، أي يعلن ان فلاناً حجر عليه للسفه ، أو ان فلاناً حجر عليه للدين . واذا كان السبب هو الدين فعليه ان يبين انه لطلب أي دائن قد وقع الحجر .

وعليه ايضاً ان يشهد على الحجر الذي اوقعه من هو أهل للشهادة . وان يفهم الشهود ان يشهدوا بوقوع الحجر المذكور عند اللزوم .

والعلة في الاعلان ، هي اطلاع الناس على ما وقع لئلا يتضرروا بتصرفاتهم مع المحجور عليه . والحكمة من بيان سبب الحجر وتشخيصه هي ان حكم الحجر يختلف باختلاف سببه ، لأن الحجر على السفيه يشمل جميع امواله ، والحجر على المدين لا يشمل إلا امواله الموجودة وقت الحجر ولا يؤثر على ما يحصل له بعد ذلك من الأموال ، فاذا بين السبب للناس كانوا على بصيرة من أمرهم ، فلعل هناك من يعامل المدين في اموال الحادثة بعد الحجر . والحكمة من بيان اسم الدائن الذي وقع الحجر لأجل دينه هي ان يعلم الناس انه باستيفائه دينه من المحجور أو ابرائه إياه ينفك الحجر . والحكمة من اشهاد الحاكم على وقوع الحجر هو توثيق الأمر لئلا يتأتى للمحجور الانكار . ولكن لم يبق لهذا

الاشهاد حاجة نظراً للطرق المتبعة في الحال الحاضر في المحاكم من ضبط المعاملات وتسجيل كل معاملة وحكم يوقعه الحاكم فلم يبق طريق للمحجور ان ينكر ان الحاكم قد حجر عليه [م ٩٦١][1] .

ولا يشترط حضور من أراد الحاكم حجره بل يصح تقرير الحاكم الحجر عليه بغيابه ، ولكن يشترط وصول خبر الحجر الى ذلك المحجور فلا يعتبر محجوراً ما لم يصل اليه خبر انه قد حجر عليه .

وانما صح الحجر غياباً لأن الحجر ذو وجهين ، فهو قضاء من وجه وافتاء من وجه . وانما كان قضاء من وجه لأنه لا بد فيه من قرار الحاكم بالحجر ، فالسفيه لا ينحجر بمجرد السفه ولا يعتبر محجوراً إلا بعد صدور قرار الحجر عليه ووصوله خبر هذا القرار اليه . وانما كان فتوى من وجه لأنه ليس فى الحجر مقضي له ولا مقضي عليه ولا دعوى وانكار ، فلم يكن قضاء محضاً . فنظراً لجهة كونه فتوى لم يشترط حضور المحجور لدى الحاكم ، لأن في الفتوى لا يشترط حضور المستفتي . غير أنه يشترط لتمام الحجر وصول الخبر الى المحجور كما سبق . فجميع تصرفاته قبل وصول الخبر اليه معتبرة [م٩٦٢][2] .

---

(١) م ٩٦١ — إذا حجر السفيه والمديون من طرف الحاكم يشهد ويعلن الناس ببيان سببه .

(٢) م ٩٦٢ — لا يشترط حضور من أريد حجره من طرف الحاكم ويصح =

حكم الحجر على السفيه :

بعد ان يتحقق الحجر على السفيه على الوجه الذي مر آنفاً تصبح له حالتان :

الحالة الاولى : انه يبقى كالبالغ الرشيد فى حقوق الله تعالى من الزكاة والحج ونحوهما من العبادات وكذلك فى حقوق الناس كالنفقة الواجبة عليه لزوجته وغيرها ممن تجب نفقتهم عليه . وكذلك فى كل تصرف لا يبطله الهزل ولا يحتمل الفسخ ، وذلك كالنكاح والطلاق والعتاق .

الحالة الثانية : انه يصبح كالصغير المميز فى التصرفات والمعاملات التي يبطلها الهزل وتحتمل الفسخ وذلك كالبيع ، والاجارة ، والرهن والارتهان ، والاقرار ، والتوكيل . ونحو ذلك . غير انه يفترق عن الصغير المميز من ثلاثة وجوه :

الوجه الاول : ان ولي السفيه هو الحاكم ، فله وحده حق الحجر عليه وفك الحجر ، وله أو لمن ينصبه قيماً عليه حق اجازة تصرفاته

= حجره غياباً ايضاً ولكن يشترط وصول خبر الحجر الى ذلك المحجور ولا يكون محجوراً ما لم يصل اليه خبر انه قد حجر عليه وتكون عقوده وأقاريره معتبرة الى ذلك الوقت .

ـ هذا اذا كان من ينصبه عليه مأذوناً من الحاكم بذلك ـ مع ان الولاية على الصغير المميز محصورة بالحاكم على ما سبق بيانه .

الوجه الثاني : ان وصايا الصغير المميز باطلة ، ووصايا السفيه معتبرة اذا كانت موافقة للشرع .

الوجه الثالث : ان نكاح الصغير وطلاقه باطلان ، مع ان نكاح السفيه المحجور وطلاقه صحيحان ، غير انه اذا تزوج باكثر من مهر المثل تبطل الزيادة ، واذا كان المحجور بالسفه أنثى فزوجت نفسها باقل من مهر المثل بغبن فاحش ؛ فان دخل بها الزوج ألزم باكمال مهر المثل ، وان لم يدخل بها كلف باكمال مهر المثل ، فان أبى فرق الحاكم بينهما [م ٩٩٠] (١)

وان الحجر على السفيه لا علاقة له بالمعاملات والتصرفات القولية الواقعة منه قبل الحجر وانما يؤثر الحجر على التصرفات او المعاملات القولية الواقعة بعد الحجر ؛ فالحجر القضائي لا شمول له على ما قبله [م ٩٩١] (٢)

---

(١) م ٩٩٠ — السفيه المحجور هو في المعاملات كالصغير المميز ولكن ولي السفيه الحاكم فقط وليس لأبيه وجده وأوصيائه عليه حق ولاية .

(٢) م ٩٩١ — تصرفات السفيه التي تتعلق بالمعاملات القولية الواقعة بعد الحجر لا تصح ولكن تصرفاته قبل الحجر كتصرفات سائر الناس .

وقد سبق القول بأن السفيه المحجور عليه هو كالبالغ الرشيد فى حقوق الناس التي عليه فالحجر لايبطل الحقوق التي يرتبها القانون على الشخص ، فما على السفيه من الحقوق توفى من أمواله ، غير انه يلزم أن تثبت تلك الحقوق بالبينة ولا يفيد فى ثبوتها إقرار السفيه . فاذا كان السفيه قد اشترى قبل الحجر مالاً ولم يكن قد سلم الثمن وثبت ذلك بالبينة فان الثمن يؤدى من ماله . وكذلك اذا أتلف مال احد قبل الحجر أو بعده وثبت ذلك بالبينة فان الضمان يؤدى من أمواله [م ٩٩٥](1) (انظر المادة ٩٦٠) .

وكذلك ينفق من أمواله النفقة الواجبة عليه شرعاً كالنفقة الواجبة لزوجته ولأولاده الصغار ونحوهم . كما ان نفقة نفسه تؤدى من أمواله ، ولكن لا تسلم النفقة الى يد السفيه بل يسلمها القاضي أو أمينه الى من وجبت له النفقة عليه ، كما انه يصرف على السفيه مايلزم صرفه لنفقته ولا يسلم ما يقتضي للصرف الى يد السفيه [م ٩٩٢](2) .

وليلاحظ أن مجرد إقرار السفيه بالنسب أو القرابة وبالأعسار لايستلزم تصديقه وفرض النفقة ، فاذا ادعى عليه أحد أقربائه بالنفقة

---

(١) م ٩٩٥ — حقوق الناس التي هي على المحجور تؤدى من ماله .

(٢) م ٩٩٢ — ينفق على السفيه المحجور وعلى من لزمته نفقتهم من ماله .

فعليه أن يثبت جهة قرابته بالبينة وكذا إعساره واحتياجه الى النفقة . ويستثنى من ذلك إقراره بالوالد والولد والزوجة . هذا اذا كان السفيه ذكراً ، فان كان انثى فانه يصدق إقراره بالوالد والزوج ولا يصدق اقراره بالولد لأن فيه تحميلَ النسب على الغير وهو الزوج .

ويتفرع على كون المحجور للسفه بحكم الصغير المميز مايأتي :

اولا : ان السفيه اذا باع شيئاً من أمواله توقف بيعه على اجازة الحاكم ، فان رأى الحاكم فى ذلك منفعة اجاز البيع الواقع ، واذا لم ير منفعة لا يجيزه فيبطل البيع [المادة ٩٩٣][١] وحينئذ اذا كان المشتري لم يكن قد دفع الثمن فلا شيء له ولا عليه ، وان كان قد دفعه الى السفيه ، فان كان باقياً في يده استرده ، وان كان قد صرفه ، فان كان الصرف فى وجه صحيح كالنفقة والزكاة ، يضمن الحاكم الثمن للمشتري من مال السفيه ، وان كان قد صرفه فى غير ذلك فلا ضمان عليه .

واجازة الحاكم بيع السفيه اذا رأى فيه منفعة مقيدة بان يكون الثمن موجوداً فى يد السفيه فانه حينئذ يجيز البيع ويأخذ الثمن من يده اما اذا كان قد هلك الثمن فى يده فعلى الحاكم الا يجيز البيع المذكور

---

(١) م ٩٩٣ — اذا باع السفيه المحجور شيئاً من أمواله فلا يكون بيعه نافذاً ولكن اذا رأى الحاكم فيه منفعة فيجيزه .

لانه يستلزم اضاعة شيء من ماله بلا بدل مقبول .

واذا اجاز الحاكم البيع فقد اجاز قبض الثمن ايضاً ، فاذا اعطى المشتري الثمن للسفيه المحجور بعد ما أجاز الحاكم بيعه صح وبرىء . نعم اذا منع الحاكم المشتري من تسليم الثمن الى السفيه فانه لايبرأ بالتسليم اليه .

ثانياً : لايصح إقرار السفيه المحجور بدين أو بعين لأن الاقرار من التصرفات القولية وهو محجور عنها فلا تأثير لاقراره في حق امواله الموجودة في وقت الحجر والحادثة بعده [م ٩٩٤][1] . واذا اختلفا فى زمن الاقرار ، فالقول قول المقر لأن الأصل براءة الذمة .

ثالثاً : إذا استقرض السفيه دراهم وصرفها في غير طريق النفقة ابطلها الحاكم كلها فلا يؤدي شيئاً للمقرض . لا يقال ان السفيه بصرف ما استقرضه قد اتلف مال الغير فيلزم ان يضمنه بحكم المادة ٩٦٠ . لأنا نقول بما ان المقرض يعلم ان السفيه محجور عليه ، وان من عادة السفيه الاسراف والاتلاف فانه يكون راضياً بذلك ضمناً ، فلا يبقى له حق التضمين بل يعتبر انه أذن للمحجور باتلاف ماله . نعم اذا كان ما استقرضه السفيه قد صرفه فى نفقته بالوجه المعروف ، أداه الحاكم من

---

(١) م ٩٩٤ — لا يصح اقرار السفيه المحجور بدين لآخر مطلقاً يعني ليس لاقراره تأثير في حق أمواله الموجودة في وقت الحجر والحادثة بعده .

ماله ، وان اسرف في الصرف أدى الحاكم قدر المعروف وابطل الزائد [م ٩٩٦][1] .

رفع الحجر عن السفيه :

لا يرتفع الحجر عن السفيه إلا إذا قرر الحاكم ذلك ، ولا يقرر الحاكم ذلك إلا إذا اكتسب السفيه صلاحاً أي إلا بعد ان يظهر للحاكم صلاح حاله . فالسفيه لا يرتفع عنه الحجر بمجرد صلاح حاله ، بل لا بد ان يقترن ذلك بقرار الحاكم [م ٩٩٧][2] .

وان أذن الحاكم للسفيه بالتجارة أو بالعقود المكررة رفع للحجر كما هو الحال فى الصغير المميز .

حكم المدين المحجور :

المدينون على نوعين :

(١) المدين المفلس ، وهو الذي صارت ديونه مساوية لما يملكه أو زادت على ذلك ، كما لو كانت ديونه الف دينار ، مثلاً ، وكانت قيمة

---

(١) م ٩٩٦ — اذا استقرض السفيه المحجور دراهم وصرفها في نفقته فان كان صرفه إياها بالمعروف أداها الحاكم من ماله وان كان صرفاً زائداً على القدر المعروف يؤدي مقدار نفقته ويبطل الزائد عليها .

(٢) م ٩٩٧ — عند صلاح حال السفيه المحجور يفك حجره من قبل الحاكم .

ما يملكه الف دينار أو أقل .

(٢) المدين غير المفلس ، وهو الذي كانت ديونه أقل من قيمة ما يملكه .

فاذا كان المدين غير مفلس وامتنع عن أداء الدين فطلب الدائن من الحاكم الحجر على امواله فبعد ان يتحقق لدى الحاكم كونه مديناً وكونه ممتنعاً عن الايفاء يحجر على أمواله لئلا يخرجها من يده بطريق المواضعة فيضر دائنيه . وعلى الحاكم عند اعطائه قرار الحجر أن يعلن ذلك ويشهد عليه ما سبق بيانه فى المادة ٩٦١ .

فيشترط للحجر : أولاً : ان يطلب الدائن الحجر . وثانياً : ان يكون الدين ثابتاً .

وبعد الحجر اذا امتنع المدين من ايفاء الدين باع الحاكم أمواله وأوفى الدين من أثمان ما باعه . وعلى الحاكم عند بيع الأموال ان يتبع الأهون في حق المدين ، فيبيع النقود أولاً ، فان لم تف باع المنقول ، فان لم يف باع العقار . ومعنى بيع النقود ان الدين إذا كان ذهباً وكانت النقود فضة بدلها بالذهب ، وان كان الدين فضة والنقود ذهباً بدلها بالفضة . اما إذا كانت النقود والدين من نوع واحد فلا لزوم للبيع بل يوفى الدين من

جنسه [م ٩٩٨][1] .

وهذا الحكم الذي ذهبت اليه المجلة مبني على رأي ابي يوسف ومن وافقه على ذلك من الفقهاء ، وذهب أبو حنيفة الى ان المدين لا يحجر على أمواله ولكنه يجبر بالحبس على البيع وايفاء الدين . ولا شك ان مسلك المجلة أوفق بالمصلحة .

وانما ثبت للحاكم حق البيع على المذهب الذي اختارته المجلة ، لأن المدين ظالم بامتناعه عن أمر لازم عليه ، وان من امتنع عن ايفاء حق لازم عليه يقوم الحاكم مقامه بايفائه دفعاً للظلم ، فيثبت له البيع .

وان هذه المادة ــ ٩٩٨ ــ وما يليها من المواد أصل لاحكام قانون الاجراء فى هذا الباب .

والمدين المحجور لا تنفذ تصرفاته واقراراته الصادرة بعد الحجر عليه ، على امواله المحجورة . نعم ان اقراراته تنفذ على الاموال المتحصلة له بعد الحجر .

---

(١) ٩٩٨ ــ لو ظهر عند الحاكم مماطلة المديون في أداء دينه حال كونه مقتدراً وطلب الغرماء بيع ماله وتأدية دينه حجر الحاكم ماله واذا امتنع من بيعه وتأدية الدين باعه الحاكم وادى دينه فيبدأ بما بيعه أهون في حق المديون بتقديم النقود أولا فان لم تف فالعروض وان لم تف العروض ايضاً فالعقار .

وأما المدين المفلس ، فاذا ثبت لدى الحاكم كونه مديناً وطلب الدائن الحجر عليه فانه يحجره خوفاً من أن يهرب ماله بطريق المواضعة وبعد الحجر عليه يبيع امواله ويقسم الثمن على الدائنين فان وفى بالديون كلها فبها ونعمت ، والا قسم على نسبة الديون قسمة الغرماء . واذا كان بعض الديون حالا وبعضها مؤجلا يقسم الثمن على الديون الحالة ، وعند حلول الديون المعجلة اذا لم يفها المديون ولم تكن له أموال تقوم بالوفاء يرجعون بحصتهم على ذوي الديون الحالة .

ويستثنى من الدخول فى زمرة الغرماء ذوو الديون الممتازة فانهم يستوفون ديونهم مقدماً واذا زاد شيء عن ايفاء ديونهم يوزع بين الغرماء واصحاب الديون الممتازة هم :

أولاً : المرتهن ، فانه يستوفي دينه من المرهون ممتازاً فان زاد شيء اشترك فيه سائر الغرماء ، وان لم يف المرهون بدين المرتهن شارك المرتهن في الباقي سائر الغرماء في الاموال الاخرى .

ثانياً — من باع لشخص مالاً ، وقبل ان يقبضه منه المشتري أفلس فأن للبائع حق حبس المبيع عنده الى ان يستوفي الثمن كاملاً ، وكذا لو قبضه المشتري المذكور بدون إذن البائع لأن المشتري اذا قبض المبيع بدون إذن البائع ولم يدفع له الثمن كان للبائع استرداد المبيع

وحبسه عنده الى ان يستوفي الثمن .

ثالثاً : سائر الاصناف المذكورون في قانون الاجراء ، فليراجع قانون الاجراء فى هذا الخصوص .

وإذا باع الحاكم أو نائبه أموال المدين المحجور فعهدة البيع تعود على المدين لا على البائع ، فاذا استحق المبيع رجع المشتري على المدين لا على البائع (الحاكم) .

ثم ان البيع لا يعم جميع أموال المدين المحجور عليه بل يترك له حلة أو حلتان حسب رأي الحاكم — كما ان قانون الاجراء استثنى دار السكنى من ذلك ونحوها مما هو مقرر في قانون الاجراء فليراجع القانون المذكور فى هذا الخصوص — وإذا كانت عنده حلة ثمينة يستطيع المدين الاكتفاء بما دونها باعها الحاكم واشترى من الثمن حلة تناسبه ، ويدفع الباقي الى الغرماء ، كما انه إذا كانت له دار كبيرة يستطيع المدين وعائلته الاستغناء بما دونها باعها الحاكم واشترى من ثمنها داراً تكفيه وعائلته ودفع الباقي للغرماء [م ٩٩٩][1] .

---

(١) م ٩٩٩ — المدين المفلس الذي دينه مساو لماله أو أزيد اذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة أو ان يهزمه أو يجعله باسم غيره وراجعوا الحاكم في حجره =

وإذا لم يظهر عند المدين مال ، وطلب الدائنون حبسه ، فادعى العسر وان لا مال له ، فان كانت الديون ناشئة من التزام المديون عقداً ، كأن يكون الدين ناشئاً عن معاملة بيع مثلاً فانه يحبس ولا يسمع ادعاؤه إلا إذا أقام البينة على ذلك . غير ان الحبس المذكور لا يستمر الى الأبد بل الى مدة يرتئيها الحاكم وبعد ذلك يحقق الحاكم هل ان له مالاً ، فان ظهر له مال باعه وأوفى منه الدين واطلق سراحه ، وان لم يظهر له مال اطلق سراحه ايضاً .

وان كانت الديون ناشئة لا عن عقد ، كبدل المغصوب وارش الجناية فانه لا يحبس اذا ادعى الفقر والعسر إلا اذا أثبت الدائن غناه .

ولحبس المدين قواعد خاصة مبينة فى قانون الاجراء يعمل بموجبها الآن وفيها شيء من التعديل لما قررناه ، كما ان للمفلس افلاساً تجارياً قواعد خاصة مدرجة في قانون التجارة البرية يعمل بموجبها الآن . ومن أراد الاطلاع على الفرق بين المفلس المدين والمفلس التجاري والتمايز

= من التصرف في ماله أو اقراره بدين لآخر حجره الحاكم وباع أمواله وقسمها بين الغرماء ولكن يترك له من الألبسة ما يحتاج اليه وان كان للمديون ثياب ثمينة وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى له من ثمنها ثيابا رخيصة واعطى باقيها للغرماء أيضاً وكذلك ان كان له دار وكان يمكن الاكتفاء بما دونها باعها واشترى من ثمنها داراً مناسبة لحال المديون وأعطى باقيها للغرماء .

بينهما في الاحكام فعليه مراجعة القانون المذكور وشروحه .

ومما يجب ان يلاحظ ان الحجر على المدين انما يؤثر على أموال المحجور الموجودة في اثناء الحجر ، أي المكتسبة قبل الحجر ، ولا يؤثر على الأموال الحاصلة بعد الحجر أو بعد فك الحجر ، فتنفذ اقراراته وتبرعاته في الأموال المذكورة . وفي ما زاد على دينه من أمواله الموجودة وقت الحجر ، فالحجر على المدين في الحقيقة حجر مقدر بقدر ما يفي الديون من الأموال [م ١٠٠١][1] . والحاصل ان اقرارات المدين المحجور وتبرعاته تنفذ : (١) فيما كسبه مدة الحجر . (٢) فيما كسبه بعد فك الحجر . (٣) فيما زاد على الدين المحجور لأجله .

ويلاحظ ايضاً انه ينفق على المحجور وعلى من تلزمه نفقتهم من أمواله المحجورة فينفق عليهم منها لطعامهم وكسوتهم وسكناهم بالمعروف فتقدم هذه الأمور على سائر ديونه سواء كان مفلساً أو غير مفلس [م ١٠٠٠][2] . وقيد « المفلس » الوارد في المادة ليس باحترازي .

---

(١) م ١٠٠١ — الحجر للدين يؤثر في مال المديون الذي كان موجوداً في وقت الحجر فقط ولا يؤثر في المال الذي تملكه بعد الحجر

(٢) م ١٠٠٠ — ينفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من ماله .

تأثير الحجر على المدين :

الحجر على المدين يؤثر فى كل ما يؤدي الى ابطال حق الغرماء أو بعضهم ، فليس للمحجور ان يهب شيئاً لأحد ، ولا ان يتصدق به على أحد ، ولا ان يؤدي لبعض الدائنين حقوقهم دون بعض ، ولا ان يبيع شيئاً محسوباً على دينه ، ولا ان يبيع شيئاً ما بأقل من ثمن المثل ، نعم له ان يبيع بثمن المثل ، وله ان يبيع للدائن بأي ثمن شاء اذا لم يكن له غريم غيره لأنه ليس في شيء من ذلك ابطال لحق الغرماء [م ١٠٠٢][1] .

والحاصل ليس للمدين المحجور ان يتصرف بأي تصرف قولي يضر بالغرماء كما انه ليس له ان يرجح في الايفاء بعض الغرماء على بعض وليس له ان يتبرع بالأموال الموجودة وقت الحجر .

---

(١) م ١٠٠٢ — الحجر يؤثر في كل ما يؤدي الى ابطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بانقص من ثمن مثله بناء عليه لا تعتبر تصرفات المديون المفلس وتبرعاته وسائر عقوده المضرة بحقوق الغرماء في حق امواله الموجودة وقت الحجر ولكن تعتبر فى حق امواله التي اكتسبها بعد الحجر ولو أقر لآخر بدين لا يعتبر اقراره في حق امواله التي كانت موجودة في وقت الحجر ويعتبر بعد زوال الحجر ويبقى مديوناً بادائها ذلك الوقت وايضاً ينفذ اقراره على ان يؤدي مما يكتسب بعد الحجر .

الفرق بين السفيه المحجور والمدين المحجور :

الفرق بينهما من وجهتين :

(١) السفيه المحجور لا يفك حجره إلا اذا قرر الحـــاكم ذلك والمدين المحجور يرتفع عنه الحجر باداء الدين للدائن الطالب للحجر أو بابراء الدائن إياه .

(٢) ان اقرارات المدين المحجور معتبرة فى الأموال الحاصلة بعد زوال الحجر وفي الأموال المكتسبة بعد الحجر ايضاً ، وان اقرارات السفيه غير معتبرة مطلقاً .

الاكراه

البحث عن الاكراه يقع في مواضع :

في معناه ، وانواعه ، وشروطه ، وما يقع عليه ، وحكم ما يقع عليه ، والحكم فيما لو عدل المكره الى غير ما اكره عليه زيادة او نقصاً .

أما معناه وانواعه :

فقد تقدم الكلام عنها في تفسير المصطلحات .

وأما شروطه فهي :

أولاً : أن يكون المكره قادراً على تحقيق ما هدد به ، سواء كان سلطاناً — أي ذو نفوذ — أو غيره ، خلافاً لبعض الأئمة فانه اعتبر أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان .

فلو كان المكره غير قادر على تحقيق ماهدد به فتهديده لا يعتبر إكراهاً [م ١٠٠٣][1] .

ثانياً : أن يكون غالب ظن المكره « بفتح الراء » انه لو لم يجب الى ما دعي اليه يتحقق ما قد هدد به عاجلاً أو آجلاً . فلو تحقق في

---

(١) م ١٠٠٣ — يشترط ان يكون المجبر مقتدراً على ايقاع تهديده بناء عليه من لم يكن مقتدراً على ايقاع تهديده واجرائه لا يعتبر اكراهه .

رأيه أن المكره « بكسر الراء » لا يوقع ما هدد به ، لا يثبت الاكراه .

وانما قلنا « عاجلاً ، أو آجلاً » لأن المكره لو هدد المكره بايقاع ما قد هدد به بعد مدة ، وكان غالب ظن المكره أن المكره سيحقق ما قد هدد به ، فان الاكره يثبت . فلا يشترط في الاكراه حصول غالب الظن بتحقيق ما وعد به من التهديد في الحال . بل ذهب بعض الفقهاء الى انه لو أمر أحد آخر بفعل ولم يهدده بشيء صراحة ولكن كان في غالب ظن المكره انه لو لم يفعل ما امر به يلحقه الايذاء المعتبر في الاكراه ، فانه يثبت الاكراه دلالةً [م ١٠٠٤][1] .

ثالثاً : أن يجري المكره « بفتح الراء » ما قد اكره عليه بحضور المكره أو بحضور من ينوب عنه من رجاله وأعوانه ، فلو اجرى المكره ما كان قد اكره عليه لا بحضور أحد ذينك ، لا يعتبر الاكراه ، لأنه قد زال الاكراه بغيبتهما ، ولا ينفعه التمسك بأن المكره يقدر على تنفيذ ما قد هدد به اذا لم يحصل ما أراد . هذا ما قاله الفقهاء وجرت عليه المجلة [م ١٠٠٥][2] وهو محل تأمل ، لأنه اذا تحققت قدرة المكره

---

(١) م ١٠٠٤ — يشترط خوف المكره من وقوع المكره به يعنى يشترط حصول ظن غالب للمكره باجراء المجبر المكره به ان لم يفعل المكره عليه .

(٢) م ١٠٠٥ — ان فعل المكره المكره عليه في حضور المجبر اومن يتعلق =

على ايقاع ما قد هدد به فأي فرق بين حضوره وغيبته ؟

مايقع عليه الاكراه :

العمل الذي يقع عليه الاكراه نوعان : حسي وشرعي « قانونى » . فالحسي كالاكراه على الاكل أو الشرب أو الشتم أو الكفر أو الاتلاف أو القطع أو نحو هؤلاء ...

والشرعى « القانوني » كالاكراه على الطلاق أو النكاح أو الرجعة أو الظهار أو اليمين أو البيع أو الشراء أو الاجارة أو الابراء من الحقوق أو الكفالة أو نحو هؤلاء .

حكم مايقع عليه الاكراه :

لا يؤثر الاكراه في الأمور الحسية الا اذا كان إكراهاً ملجئاً وأما الامور الشرعية (القانونية) فيؤثر فيها الاكراه مطلقاً . أي سواء كان ملجئاً أو غير ملجيء .

وتفصيل هذه القاعدة : ان ما يقع عليه الاكره إن كان من الامور

= به يكون الاكراه معتبراً واما اذا فعله في غياب المجبر او من يتعلق به فلا يعتبر لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الاكراه مثلا لو اكره احد آخر على بيع ماله وذهب المكره وباع ماله في غياب المجبر اومن يتعلق به فلا يعتبر الاكراه ويكون البيع صحيحاً ومعتبراً .

الحسية فله احكام اخروية واحكام دنيوية . أما احكامه الاخروية فهي : الاباحة أو الرخصة أو الحرمة ، فالاول كالاكراه على أكل الميتة أو شرب الخمر فانه يجعل الاكل أو الشرب مباحاً حتى انه يأثم لو عرض نفسه للهلاك لعدم قيامه باجراء ما هدد به . ومثل هذا التهديد على كل ما تسقط حرمته عند الاضطرار . والثاني كاجراء كلمة الكفر ونحوها على اللسان بما لا تسقط حرمته بوجه من الوجوه ولكن قد رخص الاقدام عليه لدفع الخطر ، كاتلاف مال احد وشتم احد . وفي هذا النوع لا يأثم المكره لو رجح تحمل ما قد هدد به ، على ايقاع ما قد هدد عليه . والثالث كالقتل بغير حق ، أو قطع عضو بغير حق ، أو ايذاء الوالدين ، ونحو هؤلاء مما لم تلحقه إباحة أو ترخيص في وقت من الاوقات . وفي هذا النوع يأثم المقدم على ايقاع ما طلب منه مطلقاً .

وأما أحكامه الدنيوية :

١ — فسقوط الحد اذا كان المكره عليه مما يستلزم عمله الحد (العقوبة) وعدم الحكم بكفر المكره أو تفسيقه فى النوع الثاني ، فمن أجرى كلمة الكفر على لسانه كرهاً لا يخرج عن حالته السابقة قبل الاكراه وفى النوع الثالث سقوط القصاص اذا كان ما اقدم عليه موجباً للقصاص وكذا سائر العقوبات .

وهذه الاحكام التي سـردناها أكثرها شرعية محضة لا علاقة لها بالقانون أوردناها هنا استطراداً . وانها انما تعتبر اذا كان الاكراه ملجئاً .

٢ ـ وسقوط الضمان عن المكره (بفتح الراء) فمن اكره شخصاً على اتلاف مال أحد او غصبه اكراهاً ملجئاً فان الضمان يسقط عن المكره « بفتح الراء » ويتوجه الضمان على المكره ، لأن المكره « بفتح الراء » يصبح بحكم الآلة الصماء بيد المكره [م ١٠٠٧] [1]

أما حكم الاكراه إذا وقع على الأعمال الشرعية أي على التصرفات القانونية فحكمها ان التصرفات المذكورة إذا كانت من نوع الاقرار فلا عبرة بها مطلقاً . أي سواء كان المقر به محتملا للفسخ أم لم يكن وذلك كالاقرار بالبيع والاجارة والطلاق .

وان كانت من نوع الانشاء ، فان كانت مما لا يحتمل الفسخ فان

---

(١) م ١٠٠٧ — كما ان الاكراه الملجيء يكون معتبراً في التصرفات القولية على ما ذكر في المادة السابقة كذلك في التصرفات الفعلية واما الاكراه غير الملجيء فيعتبر في التصرفات القولية فقط ولا يعتبر في التصرفات الفعلية بناء عليه لو قال احد لآخر اتلف مال فلان والا قتلتك أو اقطع احد اعضائك واتلف ذلك يكون الاكراه معتبراً ويلزم الضمان على المجبر فقط واما لو قال اتلف مال فلان والا اضربك او احبسك واتلف ذلك فلا يكون الاكراه معتبراً ويلزم الضمان على المتلف فقط .

الاكراه لا يؤثر شيئاً بل تعتبر تلك التصرفات صحيحة يترتب عليها أحكامها ، وذلك كالطلاق ، والنكاح كرهاً ، إلا ان المكره . يرجع على المكره بما أتلفه عليه من ايقاع تلك الانشاءات كرهاً . مثلا إذا أكرهه على طلاق زوجته غير المدخول بها رجع عليه بما يتحمله لها بنصف المهر أو المتعة . أما اذا كان مدخولاً بها فلا يرجع عليه بشيء لأنه لم يتلف له مالاً ، وان ماتحمله للزوجة من المهر في هذه الصورة متأكد بالدخول لا بالطلاق المذكور . وقس على هذا المثال ...

وان وقع الاكراه في العقود التي تحتمل الفسخ كالبيع والاجارة والهبة فانه يبطلها سواء كان الاكراه ملجئاً أم غير ملجيء . بخلاف الاكراه فى الأمور الحسية فانه لا يؤثر فيها إلا الملجيء على ما مر بيانه .

ثم ان الاكراه في البيع ان كان واقعاً على البائع فلا يخلو الحال من أن يكون مكرهاً في البيع والتسليم أو أن يكون مكرهاً في البيع دون التسليم . فان كان مكرهاً فى البيع فقط وسلم بدون إكراه كان البيع صحيحاً ، لأنه بالتسليم بدون اكراه تحقق الرضاء والاجازة ، وان كان مكرهاً في البيع والتسليم كان البائع مخيراً بعد زوال الاكراه بين أن يجيز البيع السابق وان يبطله ، وليس للمشتري خيار إلا قبل القبض .

وان تداولت الأيدي المبيع بالبيوع المتعددة كان للبائع المكره

إبطالها كلها وأخذ المبيع ، وإذا أجاز واحداً منها أصبحت جميع تلك العقود صحيحة نافذة . وهذا بخلاف البيع الفاسد ، فانه اذا باع المشتري المبيع فاسداً إلى آخر لا يبقى للبائع الأول حق بابطال البيع الثاني بل ينقلب البيع الأول صحيحاً نافذاً بالقيمة . وبخلاف المغصوب إذا تداولته الأيدي بالبيوع المتعددة ، فان لرب المال ابطالها كلها واسترجاع المغصوب ، وله اجازة ما شاء اجازته من تلك العقود ، غير انه إذا أجاز شيئاً منها كان هو وما بعده صحيحاً نافذاً لا ما قبله .

ووجه الفرق بين هذه المسائل الثلاثة ان بيع المكره في ذاته صحيح إلا ان الاكراه بوقف نفاذه فاذا أجاز المكره بعد ذلك بيعه أو أي بيع آخر جرى على ذلك المبيع تبين انه كان راضياً بالبيع الأول ، فتصبح جميع البيوع والعقود المتتالية صحيحة « نافذة » وان المبيع فاسداً إذا تعلق به حق الغير لا يجوز ابطاله لأن الفساد وقع لحق الله ، وحق العبد مقدم على حق الله تعالى ، وبيع المغصوب بما انه وقع من غير مالكه كان بحكم بيع الفضولي فأي عقد من العقود الواردة عليه أجازه المالك يكون صحيحاً نافذاً هو وما بعده دون ما قبله ، فهذا هو السبب في التفريق في الحكم في المسائل الثلاثة .

وان كان الاكراه واقعاً على المشتري فقط كان له الخيار بعد القبض

وقبله ، وليس للبائع الخيار إلا قبل القبض .

يفهم مما فصلناه نقلاً عن الكتب المعتبرة ان الاكراه فى البيع ليس بمبطل للعقد ولا بمفسد له ، بل هو موقف لنفاذ العقد . فقول الفقهاء الاكراه يبطل العقود التي لا تحتمل الفسخ فيه تسامح . ويفهم من ذلك ايضاً ان الرضاء فى العقود ليس شرطاً للانعقاد ولا للصحة بل هو شرط للنفاذ .

عدول المكره الى غير ما أكره عليه :

إذا عدل المكره الى غير ما اكره عليه زيادة أو نقصاً ، كان عمله صحيحاً نافذاً لأنه غير مكره فيما عدل اليه . فلو اكره أحد على الاقرار بألف دينار فأقر بألف درهم ، صح إقراره ، وإذا اكره على الاقرار بألف دينار فأقر بألف وخمسمائة صح إقراره فى الزائد فقط وهو الخمسمائة وبطل بالألف . واذا اكره على الاقرار بألف لزيد فأقر بألف لزيد وعمر فان صدقه عمر بالشركة بطل الاقرار ، لتحقق الاكراه بالتصديق ، وان كذبه صح الاقرار له بخمسمائة وبطل فى خمسمائة ، أي يثبت لعمر خمسمائة فقط .

والحاصل : ان الاكراه سواء كان ملجئاً او غير ملجيء فانه يؤثر فى التصرفات القولية ، فيبطل الاقرارات ويوقف نفاذ العقود التي تحتمل

الفسخ . وان الاكراه غير الملجيء لا يؤثر فى التصرفات الفعلية كالاتلاف والغصب . فمن اكره غيره إكراهاً غير ملجيء على إتلاف مال أحد أو غصبه ففعل المكره ذلك ، فما يترتب من الضمان على ذلك الفعل يتحمله المكره لا المكره .

وان الاكراه الملجيء كما يؤثر فى التصرفات القولية يؤثر فى التصرفات الفعلية ، فيسقط عن المكره ما يترتب على فعله الذي أوقعه مكرهاً ، من الاحكام . فمن أكره غيره إكراهاً ملجئاً على اتلاف مال أحد أو غصبه ففعل المكره ذلك فانه لاضمان عليه بل يكون الضمان على المكره وحده [م ١٠٠٦ ، ١٠٠٧][1] .

---

(١) م ١٠٠٦ — لا يعتبر البيع الذي وقع بالاكراه ولا الشراء ولا الايجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والاقرار والابراء عن مال ولا تأجيل الدين ولا اسقاط الشفعة ملجئاً كان الاكراه او غير ملجيء ولكن لو اجاز المكره ما ذكر بعد زوال الاكراه يعتبر .

الشفعة

وما يتعلق بها من الشروط والاحكام

ينحصر الكلام فى الشفعة بالمواضيع الآتية :

(١) تعريفها (٢) سبب مشروعيتها (٣) ركنها (٤) شروطها (٥) اسباب ثبوتها (٦) مراتب اسبابها (٧) الطلبات اللازمة فيها (٨) حكمها .

أما تعريفها فقد تقدم الكلام عليه فى تفسير المصطلحات القانونية فى المادة ٩٥٠ .

وهى ثابتة على خلاف القياس ، لأن المبدأ المقرر فى شرائعنا وقوانيننا هو ألا ينزع ملك أحد من يده جبراً عليه ، مع ان مقتضى الشفعة يؤدي الى أخذ المشفوع من المشتري جبراً عليه الى الشفيع . ونظير هذا الاستملاك المقرر فى قانون الاستملاك فانه يقضي بنزع الملك من مالكه ولو جبراً عليه . والسبب فى مشروعية الاستملاك مع انه مخالف للقياس المقرر فى مبادئنا ، هو النفع العام ، واما سبب مشروعية الشفعة مع مخالفتها القياس فما يأتي :

سبب مشروعية الشفعة :

الحكمة فى مشروعية الشفعة ، هي دفع الضرر الدائم عن الشفيع

الذي قد ينشأ من المشتري لسبب سوء المعاشرة والمعاملة . وعلى هذا القول ففي كل شراء يخشى منه ضرر دائم لمن يتصل عقاره بالمبيع يكون له حق دفع هذا الضرر بالاخذ بالشفعة ، ولا فرق بين أن يكون الاتصال بالشركة او بالجوار . وقد لاحظ بعض الفقهاء ان هذه الحكمة تضعف جداً أمام حرمان المشتري من التمتع بربحه فى البيع الذي قد يكون الربح فيه كثيراً جداً ، ويظهر ذلك جلياً في بيع الاصول لفروعهم مثلاً بعض عقارهم او كله بالثمن البخس ، فأخذه بالشفعة يوجب ضرراً بالمشتري أشد من ضرر الشفيع بجواره ، ويزيد هذه الحكمة ضعفاً في الجوار ان الشفعة فى ذاتها لا تدفع ضرر الجوار الجديد ، لأن الأخذ بها يحدث جواراً جديداً ايضاً فيقع الشفيع فيما فر منه . ولا يخفى ان هذه الملاحظة ليست قيمة لأن الضرر الدائم أشد من خسران ربح مقيد كما ان حدوث جوار جديد لا ينافى التخلص من جوار المشتري ، لأن الشفيع لا بد وان يلاحظ ماتؤول اليه المجاورة الجديدة بسبب الشفعة فلا يقدم على الشفعة اذا وجد ان الجوار الجديد أسوأ من مجاورة المشتري .

وتظهر الحكمة جلية فيما اذا كان المبيع مشاعاً لا يقبل القسمة على انه نظراً لقانون تقسيم الاموال غير المنقولة تضعف هذه الحكمة هنا ايضاً إذ يمكن إزالة الضرر بازالة الشيوع بالبيع . ولكن يلاحظ ايضاً ان في

التسبب لجعل المالك مضطراً الى بيع ملكه ضرراً .

والحاصل ان في مشروعية الشفعة حكمة صحيحة وان كانت لا تخلو من نقد .

ركن الشفعة :

ركن الشفعة عبارة عن اخذ الشفيع المشفوع من أحد العاقدين ولو جبراً عليه .

شروط الشفعة :

شروط الشفعة إجمالاً هي ما يلي :

(١) عقد المعاوضة ، كالبيع او ما فى حكمه .

(٢) أن تكون المعاوضة مالية . فلا شفعة فى الدار التي هي بدل صلح عن جناية توجب القصاص دون النفس .

(٣) أن يزول ملك البائع عن المبيع . فلا شفعة ما دام خيار الشرط للبائع .

(٤) أن يزول حق البائع عن المبيع . فلا شفعة في المبيع فاسداً إلا بعد زوال حق البائع في الفسخ .

(٥) أن يكون الشفيع مالكاً للعقار المشفوع به حين الشفعة الى

زمن الخصومة والتملك .

(٦) أن يكون المبيع ملكاً عقارياً .

(٧) ألا يكون المشفوع ملكاً للشفيع عند البيع .

(٨) عدم رضاء الشفيع بالبيع الواقع ؛ صراحة او دلالة .

واليك التفصيل :

يشترط لثبوت الشفعة تملك المشفوع بعقد المعاوضة ، وهو البيع او ما في معناه . فلا تجري الشفعة في عقار تملكه احد بسبب غير البيع او ما في معناه . فلا تثبت في الهبة بلا شرط العوض ، ولا في الميراث ، ولا في الصدقة ، ولا فى الوصية [م ١٠٢٣] (١) . وكذلك لاتجري الشفعة في تقسيم العقار سواء كانت القسمة جبرية أم اختيارية ، لأن في القسمة معنى الافراز ، فهي افراز من وجه ومبادلة من وجه ، والشفعة انما تثبت في المبادلة من كل وجه فاذا قسمت دار مشتركة فليس للجار حق طلب الشفعة [م ١٠٢٧] (٢) . لان الاخذ بالشفعة تملك من المأخوذ منه بمثل ما

---

(١) م ١٠٢٣ — لا تجري الشفعة في العقار الذي ملك لآخر بلا بدل كتملك احد عقاراً بهبة بلا عوض او بميراث او بوصية .

(٢) م ١٠٢٧ — لاتجري الشفعة في تقسيم العقار مثلا لو تقسمت دار مشتركة بين المشاركين لا يكون الجار الملاصق شفيعاً .

ملك هو ، فاذا انعدم معنى المعاوضة فالتملك يجب أن يكون اما بالقيمة او مجاناً . ولا سبيل الى الأول ، لان المشتري لم يملكه بالقيمة ، ولا الى الثاني لانه ليس لاحد أن يأخذ شيئاً من آخر مجاناً بلا رضاه [م ١٠٢١][1] .

والمراد ، مما هو فى حكم البيع الهبة بشرط العوض ، فان الهبة بشرط العوض بيع معناً ، إذ انها تتضمن مبادلة المال بالمال . فلو وهب أحد عقاراً لآخر بشرط عوض وسلمه للموهوب له فان للجار مثلاً حق الشفعة للموهوب [م ١٠٢٢][2] .

ويشترط للشفعة ايضاً أن تكون المعاوضة مالية . فلاتجري الشفعة فى عقار أعطي بدل صلح عن دم العمد ، لان المعاوضة هنا ليست مالية فان الواجب فى جناية العمد هو القصاص والقصاص ليس مالاً ، فالعقار المدفوع لمن له حق القصاص صلحاً لاسقاط حقه يكون عوضاً عن القصاص وهو ليس بمال . أما اذا كان العقار بدل صلح لاعن جناية في النفس فان الشفعة تجري فيه ، لان الجناية على غير النفس توجب الارش

---

(١) م ١٠٢١ — الشفعة لاتثبت الا بعقد البيع .

(٢) م ١٠٢٢ — الهبة بشرط العوض في حكم البيع . بناء عليه لو وهب وسلم احد داره المملوكة لآخر بشرط عوض يكون جاره الملاصق شفيعاً .

وهو مقدار من المال معين شرعاً ، فاذا دفع العقار بدلاً عنه كان معاوضة مالية فتجري فيه الشفعة .

وكذلك لاتجري الشفعة في العقار الذي جعل بدل أجرة ، لانه عوض عن المنفعة ، والمنفعة ليست بمال . وكذلك العقار الذي جعل مهراً ، لأن المهر ليس ببدل عن مال ، لانه بدل حل الاستمتاع ، وهو ليس بمال [م ١٠٢٥] [١] . نعم لو سمى الزوج للزوجة مقداراً من الدراهم ثم أعطاها العقار بدلاً عما قد سمى ، فان الشفعة تثبت فى ذلك العقار لوجود المبادلة المالية .

ويشترط فى الشفعة ان يزول ملك البائع عن المبيع . فلا تجري شفعة في المبيع بخيار شرط للبائع ، لأن خيار الشرط اذا كان للبائع فان المبيع لايخرج عن ملكه ما دام الخيار قائماً . ولا شفعة قبل دخول المبيع فى ملكية المشترى ، فالمبيع بخيار الشرط للبائع يبتدئ فيه حق الشفعة بعد زوال الخيار .

---

(١) م ١٠٢٥ — يشترط ان يكون البدل مالامعلوم المقدار بناء عليه لاتجري الشفعة في العقار الذي ملك بالبدل الذي هو غير مال مثلا لا تجري الشفعة في الدار التي ملكت بدل اجرة الحمام لان بدل الدار هنا ليس بمال وانما هي الاجرة التي هي من قبيل المنافع . كذلك لا تجري الشفعة في الملك العقاري الذي ملك بدلا من المهر .

أما اذا كان خيار الشرط للمشتري فان الشفعة تتحقق بعد عقد البيع الواقع ، لأن خيار الشرط اذا كان للمشتري فان المبيع يعتبر داخلاً فى ملكه كما سبق بحثه فى كتاب البيوع .

وانما قيدنا الخيار بخيار الشرط لأن خيار الرؤية وخيار العيب لايؤثران فى حق الشفعة شيئاً ، حتى ان الفسخ بهما لو وقع بعد القبض أو قبله بالتراضي أو بحكم الحاكم لايؤثر فى حق الشفعة شيئاً ، ولو وقع الفسخ بعد ما أسقط الشفيع حق شفعته ، فان كان الفسخ بسبب خيار الرؤية لايرجع حق الشفعة للشفيع لأن الفسخ حينئذ فسخ محض من كل وجه . واذا كان الفسخ بخيار العيب ، فان كان قبل القبض ، مطلقاً ، أو بعده بحكم الحاكم ، فكذلك لايعود حق الشفعة ، لأنه بهذه الصورة فسخ محض أيضاً ، وان كان قد وقع بالتراضي بعد القبض فان حق الشفعة يعود ، لوجود معنى بيع جديد فى هذا الفسخ .

ويشترط في الشفعة ايضاً ، أن يزول حق البائع عن المبيع فلا تجري الشفعة فى المبيع بيعاً فاسداً ، قبل زوال حق البائع من استرداد المبيع . فلو سقط حق البائع فى المبيع فاسداً . فان كان السقوط بسبب بناء المشتري على العرصة مثلاً ، فان الشفعة تثبت بعد البيع المذكور ، فللشفيع أن يأخذ المشفوع بقيمته يوم القبض . أما لو كان السقوط بسبب بيع

المشتري للمبيع فاسداً ، فان للشفيع أن يأخذ المشفوع بناء على عقد البيع الأول اذا كان قد قام بسائر مراسم الشفعة ، وحينئذ عليه أن يدفع قيمته يوم قبضه ، وله أن يأخذه بشفعة جديدة بناء على البيع الثاني ، وحينئذ عليه أن يدفع الثمن المسمى [م ١٠٢٦](١) .

ويشترط فى الشفعة أيضاً ، أن يكون المبيع ملكاً عقارياً ، فلا تجري الشفعة في المنقول كالسفينة والجدار بدون الارض . وانما جازت في العلو استحساناً . وذهب بعض المجتهدين الى ثبوتها فى المنقول الشبيه بالعقار كالسفينة ، فمن باع حصته من السفينة كان لشركائه حق الشفعة على هذا الرأي .

ولا تجري الشفعة فى الاشجار والابنية المملوكة الواقعة فى أرض الوقف أو الارض الاميرية ، لان الاشجار وحدها والابنية وحدها من قبيل المنقول ، نعم تجري الشفعة في الاشجار والابنية تبعاً للارض التي هي قائمة عليها فلو بيعت عرصة مملوكة مع ماعليها من الاشجار

---

(١) م ١٠٢٦ — يشترط ان يزول ملك البائع عن المبيع ، بناء عليه لا تجري الشفعة في البيع الفاسد ما لم يسقط حق استرداد البائع وانما في البيع بشرط الخيار ان كان المخير المشتري تجري الشفعة وان كان المخير البائع فلا تجري الشفعة ما لم يسقط حق خياره . واما خيار العيب وخيار الرؤية فليسا بمانعين لثبوت الشفعة .

والابنية فان الشفعة تجري في العرصة بما فيها من الابنية والاشجار أما لو بيعت الاشجار وحدها والابنية وحدها فلا تجري فى الابنية والاشجار الشفعة [م ١٠١٩ ، ١٠٢٠][١] .

ولا تجري الشفعة فى الوقف ولا فى الاراضي الاميرية ، ومثال الوقف لو كان ذو الاجارتين مشتركاً وباع أحد الشركاء حصته لغير الشريك ، فليس للشريك تملك المبيع بطريق الشفعة . ومثال الاراضي الاميرية مالو كانت أرض أميرية مشتركة التصرف بين أشخاص ففرغ أحدهم نصيبه لأجنبي ، فليس لشركائه في التصرف حق بالشفعة . نعم لهم طلب التملك بحق الرجحان ، ولكن حق الرجحان غير حق الشفعة وسيأتي الكلام على حق الرجحان فى آخر الكتاب [م ١٠١٧][٢] .

ويشترط أن يكون طالب الشفعة مالكاً للعقار المشفوع به من

---

(١) م ١٠١٩ — الاشجار والابنية المملوكة الواقعة في ارض الوقف او الاراضي الاميرية هي في حكم المنقول فلا تجري الشفعة فيها .

م ١٠٢٠ — لو بيعت العرصة المملوكة مع ما عليها من الاشجار والابنية تجري الشفعة في الاشجار والابنية ايضاً تبعاً للارض . واما اذا بيعت الاشجار والابنية فقط فلا تجري فيها الشفعة .

(٢) م ١٠١٧ — يشترط ان يكون المشفوع ملكا عقارياً بناء عليه لاتجري الشفعة في السفينة وسائر المنقولات وعقار الوقف والاراضى الاميرية .

حين الشفعة الى زمن الخصومة والتملك ، ويترتب على هذا أولاً : ان المشفوع به اذا كان عقاراً وقفاً فليس للمتولي على هذا الوقف العقاري حق الشفعة ، وكذلك ليس للمتصرف في هـــذا الوقف العقاري بالاجارتين أو بالمقاطعة مثلاً حق الشفعة .

وكذلك ليس لمالك البناء فقط حق الشفعة في العقار المجاور لبنائه وليس لمالك البناء فقط حق الشفعة في الارض التي بناؤه قائم فيها .

ثانياً : لو زالت ملكية طالب الشفعة عن المشفوع به قبل الحكم له بالتملك بالشفعة لا يبقى له حق في الشفعة ، فلو بيع المشفوع به بعد الطلب بالشفعة وقبل ان يحكم له بها لا يبقى له حق ايضاً في الشفعة [م١٠٣٩](١)

ويشترط للشفعة ألا يكون المشفوع ملكاً للشفيع عند البيع فلو باع شخص أحد داريه المتجاورتين فليس له بعد تمام البيع ان يطلب تملك المبيع بالشفعة ، لأن بيعه يتضمن رضاءه بالمجاورة . ولأن طلبه الشفعة بعد ما قام بالبيع سعي فى نقض ما تم من جهته ومن سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه .

ويشترط ايضاً عـــدم رضاء الشفيع بالبيع الواقع ، فاذا تحقق بعد

---

(١) م ١٠٣٩ — لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفعته .

وقوع عقد البيع رضاء الشفيع بالبيع الواقع ، فلا شفعة له ، لأن حق الشفعة انما يثبت له دفعاً لضرر المشتري ، فاذا رضي بالشراء فقد رضي بضرر جواره مثلاً فلا يستحق دفعه بالشفعة .

والرضاء قد يكون صراحة وقد يكون دلالة ، فالرضاء صراحة ظاهر ، واما الرضاء دلالة فنحو ان يبيع الشفيع الدار المشفوعة ، بأن وكله صاحب الدار على بيعها فباعها . ونحو ان يطلب الشفيع شراء المشفوع من المشتري مثلاً ، فان بيع الشفيع العقار المشفوع أو طلبه الشراء من المشتري رضاء دلالة بثبوت الحكم ، وهو الملك للمشتري . وكذلك المضارب اذا باع داراً من مال المضاربة وكان رب المال مجاوراً لها ، فلا شفعة له ، لأن المضارب وكيله بالبيع ، والرضاء بالتوكيل بالبيع رضاء بالبيع حكماً وضرورة [م ١٠٢٤][1] . ولكن يلاحظ ان الرضاء بالبيع قبل وقوع العقد لا يسقط حق الشفعة .

واذا ظهر بعد رضاء الشفيع بعقد البيع الواقع ان المشتري هو غير

---

(١) م ١٠٢٤ — يشترط ان لايكون للشفيع رضى في عقد البيع الواقع صراحة او دلالة ، مثلا اذا سمع عقد البيع وقال هو مناسب فيسقط حق شفعته وليس له طلب الشفعة بعد ذلك وكذا اذا اراد ان يشتري او يستأجر العقار المشفوع من المشترى بعد سماعه بعقد البيع فيسقط حق شفعته وكذلك اذا كان وكيلا للبائع فليس له حق شفعة في العقار الذي باعه .

من ذكر للشفيع أو ظهر ان البيع وقع بأقل من الثمن الذي كان قد ذكر للشفيع ، أو ظهر ان البدل مثلي غير المثلي الذي ذكر للشفيع ، فرضاؤه السابق لا يسقط حق شفعته على ما قرره الفقهاء . ولكن المادة «١٠٢٤» مطلقة في سقوط الشفعة بمطلق الرضاء بالعقد ، فنظراً لهـذا الاطلاق يقتضي سقوط الشفعة بمجرد رضاء الشفيع بالعقد الواقع ولو ظهر بعد ذلك ان المشتري هو غير من ذكر له أو ان الثمن هو اقل مما قد ذكر له ، اللهم إلا ان يقال ان قول المادة «اذا سمع عقد البيع» يتضمن لزوم معرفته عند الرضاء المشتري الحقيقي والثمن الحقيقي ، لأن سماع العقد يحتوي ذلك .

أسباب ثبوت الشفعة :

أسباب ثبوت الشفعة ثلاثاً :

(١) الشركة في رقبة المبيع ، كأن يكون المبيع مشتركاً بين شخصين فاكثر فلكل واحد من الشركاء حق الشفعة فى نصيب شريكه اذا وقع عليه عقد بيع .

(٢) الخلطة في حقوق العقار المبيع ، كاشتراك شخصين فأكثر فى حق الشرب الخاص والطريق الخاص للعقار المبيع . ويسمى كل واحد من الشركاء فى حقوق الملك « خليطاً » .

(٣) الجوار . فللجار حق الشفعة في العقار المملوك المجاور لملكه .

هذا هو رأي المذهب الحنفي وقد أخذت به المجلة [م ١٠٠٨][1] .

وذهب جمهرة الفقهاء الى ان سبب الشفعة هو الشركة فى رقبة المبيع فقط فليس للخليط ولا للجار شفعة .

مراتب اسباب الشفعة :

حق الشفعة أولاً للمشارك في نفس المبيع . ثانياً للخليط فى حق المبيع . ثالثاً للجار الملاصق ، فالمراتب ثلاثة ، فاذا انفرد أحدها فهي المعول عليها ، وإذا اجتمعت يراعى الترتيب ، فيقدم الاقوى فالاقوى ، فيقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار ، لأن الاتصال بالشركة فى عين المبيع أقوى من الاتصال بالشركة فى حقوقه ، والاتصال بالشركة في

---

(١) م ١٠٠٨ — اسباب الشفعة ثلاثة الاول ان يكون مشاركا في نفس المبيع كاشتراك شخصين في عقار شائعاً ، الثاني ان يكون خليطاً في حق المبيع كالاشتراك في حق الشرب الخاص والطريق الخاص مثلا اذا بيعت احدى الرياض المشتركة في حق الشرب الخاص فتكون اصحاب الرياض الاخر كلهم شفعاء ملاصقة كانت جيرتهم او لم تكن وكذلك اذا بيعت الدار التي لها باب في الطريق الخاص فتكون اصحاب الدور الاخر التي لها ابواب في هذا الطريق كلهم شفعاء ملاصقة كانت جيرتهم او لم تكن واما اذا بيعت احدى الرياض المسقية من نهر ينتفع منه العموم او احدى الديار التي لها في الطريق العام باب فليس لاصحاب الرياض الاخر التي تسقي من ذلك النهر او لاصحاب الديار الاخر التي لها ابواب في الطريق العام حق الشفعة ، الثالث ان يكون جاراً ملاصقاً .

حقوقه أقوى من الاتصال بمجاورته . واذا أسقط الشريك شفعته يكون حق الشفعة للخليط . واذا أسقط الخليط شفعته أيضاً يكون حق الشفعة للجار [م ١٠٠٩ ، ١٠١٠][1]

وإذا اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم ، مثلا لو بيعت احدى الرياض لها حق شرب في الخرق الذي احدث من النهر الصغير مع حق شربها . يقدم الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق على الذين لهم حق الشرب فى سائر النهر . أما لو بيعت احدى الرياض التي لها حق شرب في النهر مع شربها فالشفعة تعم من له حق شرب في النهر ومن له حق شرب في خرقه .

---

(١) م ١٠٠٩ — حق الشفعة للمشارك في نفس المبيع ثانياً للخليط في حق المبيع ثالثاً للجار الملاصق وما دام الاول طالباً ليس للآخرين حق الشفعة وما دام الثاني طالباً ليس للثالث حق الشفعة .

م ١٠١٠ — اذا لم يكن مشاركا في نفس المبيع او كان مشاركا وترك شفعته فيكون حق الشفعة للخليط في حق المبيع ان كان ثمة خليط وان لم يكن او كان وأسقط حقه يكون الجار الملاصق شفيعاً على هذا الحال مثلا اذا باع احد ملكه العقاري المستقل او حصته الشائعة في العقار المشترك وترك المشارك حق شفعته فيكون حق الشفعة للخليط في حق الشرب الخاص او الطريق الخاص ان كان هناك خليط وان لم يكن او كان واسقط حق شفعته فعلى كلتا الحالتين يكون حق الشفعة للجار الملاصق .

وكذلك إذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك متشعب من طريق خاص فان من كان لداره باب في الزقاق المتشعب أو كان له حق فتح باب في هذا الزقاق المتشعب ، فانه يقدم على من له حق المرور في سائر الطريق الخاص . أما لو بيعت دار في الطريق الخاص فان الشفعة تعم من له حق المرور في الزقاق المتشعب ومن له حق المرور في أصل الطريق الخاص [م١٠١٤] (١) .

أما اذا باع من له حق الشرب في نهر روضته بدون حق شربها أو باع من له حق المرور في طريق خاص داره بلا حق مرورها ، فليس للخلطاء في حق الشرب أو الطريق الخاص حق شفعة ، لعدم تحقق السبب لأن السبب في المسألة الأولى هو الاختلاط في حق الشرب ، وبما ان حق الشرب لم يبع لم يبق اختلاط ما بين الروضة وملك سائر

(١) م ١٠١٤ — اذا اجتمع صنفان من الخلطاء فيقدم الاخص على الاعم مثلا لو بيعت احدى الرياض المملوكة التي لها حق شرب في الخرق الذي احدث في النهر الصغير مع شربها يقدم ويرجح الذين لهم حق الشرب في ذلك الخرق واما لو بيع احدى الرياض التي لها حق شرب في ذلك النهر مع شربها فالشفعة تعم من له حق شرب في النهر ومن له حق شرب في خرقه كما انه اذا بيعت دار بابها في زقاق غير سالك متشعب من زقاق آخر غير سالك فلا يكون شفيعاً إلا من باب داره في المتشعب واذا بيعت دار بابها في الزقاق المنشعب منه فتعم الشفعة من له حق المرور في الزقاق المنشعب والمنشعب منه .

الخلطاء في حق الشرب . وكذلك الحال في المسألة الثانية ، أي مسألة ما لو بيعت الدار بدون طريقها الخاص [م١٠١٥][1] .

وإذا اجتمع خليطان وكان أحدهما خليطاً في حق الشرب والثاني خليطاً في حق الطريق الخاص فان صاحب حق الشرب مقدم في الشفعة على صاحب حق الطريق على القول الراجح الذي اختارته المجلة [م١٠١٦][2] لأن الضرر المحتمل من الاشتراك في حق الشرب أشد من الضرر المحتمل من الاشتراك في الطريق الخاص . وعليه إذا بيعت روضة طريقها الخاص مشترك بين أناس وحق شربها مشترك بين أناس فان الشركاء في حق الشرب يقدمون على الشركاء في الطريق .

ويلاحظ ان الطبقة العليا من دار اذا كانت لشخص والطبقة السفلى لشخص آخر فانهما يعدان جارين متلاصقين فتجري الشفعة بينهما بسبب الجوار [م١٠١١][3] . وهذا الحكم استحساني ، لأن الطابق الفوقاني

---

(١) م ١٠١٥ — اذا باع من له حق شرب خاص روضته فقط ولم يبع حق شربها فليس للخلطاء في حق شربه شفعة وليقس الطريق الخاص على هذا .

(٢) م ١٠١٦ — حق الشرب مقدم على حق الطريق بناء عليه لو بيعت روضة خليطها احد في حق الشرب الخاص وآخر في طريقها الخاص يقدم ويرجح صاحب حق الشرب على صاحب حق الطريق .

(٣) م ١٠١١ — اذا كانت الدرجة العليا من البناء ملك احد والسفلى ملك آخر يعد احدهما للآخر جاراً ملاصقاً .

عبارة عن البناء وهو منقول ، والشفعة لا تجري في المنقول . ووجه الاستحسان ان للطبقة العليا حق القرار على علو الطبقة السفلى فهي بحكم العرصة لها ، فكان كالعقار .

وهل الاشتراك في حائط الدار هو بحكم الاشتراك فى نفس الدار ؟

المشاركة في الحائط تكون في حكم المشاركة في الدار اذا كانت الارض التي أقيم عليها الحائط مشتركة ايضاً ، وإلا فلا يعتبر الشريك في الحائط فقط بحكم الشريك في نفس الدار ، بل يعتبر مجاوراً . هذا رأي المحققين من الفقهاء . وذهب غيرهم الى ان مجرد الاشتراك في الجدار هو بحكم الاشتراك في نفس العقار . فالشريك في الجدار وحده على هذا القول حكمه كحكم سائر الشركاء ، له حق الشفعة بالشركة ، والظاهر من إطلاق المجلة اختيار هذا القول [م ١٠١٢][1] .

وأما اذا لم يكن الجدار مشتركاً ولكن كانت أخشاب سقف الدار الملاصقة للجدار ممتدة على الجدار فيعد صاحب الدار الملاصقة جاراً

---

(١) م ١٠١٢ — المشارك في حائط الدار هو في حكم المشارك في نفس الدار واما اذا لم يكن مشاركا في الحائط ولكن كانت اخشاب سقفه ممتدة على حائط جاره فيعد جاراً ملاصقاً ولا يعد شريكا وخليطاً بمجرد وضع رؤوس اخشاب سقفه على حائط جاره .

ملاصقاً ، ولا يعد شريكا ولا خليطاً بمجرد وضع رؤوس أخشاب سقفه على حائط جاره .

واذا تعدد الشفعاء فذهب فريق من الفقهاء الى ان المعتبر في توزيع المشفوع عليهم هو نسبة ما ينتفعون به لا عدد رؤوسهم . وعلى هذا القول لو كان نصف الدار لأحد وثلثها لأحد وسدسها لآخر وباع صاحب النصف حصته لشخص وطلب الشريكان الشفعة ، فان النصف المشفوع يوزع على الشريكين بنسبة حصصهما أي ثلثا النصف يكون لصاحب الثلث ، وثلث النصف يكون لصاحب السدس .

وذهب فريق آخر الى ان المنظور اليه في هذا الباب هو عدد الرؤوس ، لأن سبب الشفعة واحد ، وهو الضرر ، والضرر لا يختلف بالنسبة الى قلة المقدار وكثرته ، وبهذا القول أخذت المجلة ، ففي المثال السابق يوزع النصف المشفوع بين الشريكين مناصفة وليس لصاحب الثلث ان يأخذ من المشفوع أزيد من صاحب السدس [م ١٠١٣][1]

---

(١) م ١٠١٣ — اذا تعددت الشفعاء فيعتبر عدد الرؤوس ولا يعتبر مقدار السهام يعني لا اعتبار لمقدار الحصص فلو كان نصف الدار لاحد وثلثها وسدسها لآخرين وباع صاحب النصف حصته لآخر وطالب الآخران بالشفعة يقسم النصف بينهما بالمناصفة وليس لصاحب الثلث ان يأخذ بموجب حصته حصة زائدة عن الآخر .

ومثل الشفعة، في اعتبار عدد الرؤوس فى التوزيع ما يأتي :

(١) تقسيم الساحة المشتركة بين البيوت .

(٢) تقسيم الطريق الخاص بين اربابه .

(٣) الضرائب التي تجبى لأجل محافظة النفوس كما جاء ذلك في المادة (١١٥٢) .

(٤) أجرة القسام ، فانها توزع على المتقاسمين سوية .

في المسائل الاربعة قد لوحظ عدد الرؤوس لأن الغرض منها لا يختلف باختلاف القلة والكثرة ، او بنسبة الغنى .

الطلبات اللازمة فى الشفعة :

يلزم على الشفيع أن يقوم بثلاث طلبات : طلب المواثبة ، وطلب الاشهاد ، وطلب الخصومة والتملك [م ١٠٢٨][1] .

أما طلب المواثبة : فهو عبارة عن أن يصدر من الشفيع كلام يدل على طلبه الشفعة حين علمه بوقوع عقد البيع أو ما في حكمه كالهبة بشرط العوض وسائر المعاوضات المالية ، كالاقالة ، وكالصلح عن إقرار

---

(١) م ١٠٢٨ — يلزم في الشفعة ثلاث طلبات وهي طلب المواثبة وطلب التقرير والاشهاد وطلب الخصومة والتملك

فى دعوى العين ، فان الشفعة في هــــذا الصلح تجري في المصالح عنه والمصالح عليه ، وكذلك تجري الشفعة فى المصالح عليه فى الصلح عن انكار .

وحصول العلم يتحقق بأحد الوجوه الآتية :

(١) سماع الشفيع نفسه بالعقد الواقع .

(٢) اخبار من حاز أحد شطري الشــهادة ، أي اخبار الواحد العدل ، أو الاثنين ولو لم يكونا عدلين .

(٣) اخبار الواحد غير العدل مع تصديق الشفيع له .

(٤) اخبار المشتري نفسه ، أو اخبار رسول المشتري .

(٥) كتاب المشتري الى الشفيع يخبره بالشراء .

فعلى الشفيع عند علمه بالعقد الواقع باحدى هذه الطرق أن يبادر بالطلب ولو لم يكن عنده أحد . والفائدة من المبادرة المذكورة اذا لم يكن عنده أحد هي ألا يسقط حقه ديانةً ، وأن يستطيع اليمين التي توجه اليه حسب المادة (١٧٤٦) .

وهل اخبار الواحد غير العدل يعتبر طريقاً لحصول العلم بالعقد ؟

هنا رأيان : رأي اعتبر هذا كافياً ، وعليه اذا اخبر الواحد غير العدل من له حق الشفعة فلم يواثب تسقط شفعته . ورأي آخر ، لم يعتبر هذا طريقاً صحيحاً لحصول العلم لأن غير العدل لا يوثق بكلامه فى باب

الشهادة وهذا الاخبار ونحوه من الاخبـــارات يجب ان تحوز أحد شرطي الشهادة ، وعلى هذا الرأي ، ان غير العدل اذا اخبر من له حق الشفعة فلم يصدقه ولم يواثب لاتسقط شفعته ، والرأي الثاني هوالارجح [م ١٠٢٩][1] .

ويفهم في صراحة هذه المادة « ١٠٢٩ » ان طلب المواثبة فوري ، وهوأحد قولين للفقهاء ، والقول الآخر انه ليس بفوري بل يتقيد بالمجلس فالشفيع له مجال فى طلب المواثبة ما دام مجلس علمه بالعقد قائماً ولم يصدر منه مايدل على الاعراض عن طلب المواثبة . والظاهر مفهوم من [م ١٠٣٢][2] اختيار القول الثاني . وهذا يؤلف فى الظاهر تناقضاً . وقد قيل فى وجه التوفيق بين مفاد المادتين ان المجلة فوضت الأمر الى القاضي فان شاء أخذ بالقول الاول وان شاء أخذ بالثاني حسب مايرى من

---

(١) م ١٠٢٩ — يلزم الشفيع ان يقول كلاما يدل على طلب الشفعة في المجلس الذي سمع فيه عقد البيع في الحال كقوله انا شفيع المبيع واطلبه بالشفعة ويقال لهذا طلب المواثبة .

(٢) م ١٠٣٢ — ان أخر الشفيع طلب المواثبة مثلا أو وجد في حال يدل على الاعراض عند استماعه عقد البيع ولم يطلب الشفعة في ذلك المجلس بان اشتغل بامر آخر او بحث عن صدد آخر او قام من المجلس من دون ان يطلب الشفعة يسقط حق شفعته .

المصلحة . وهذا التوفيق غير سـديد لان المسلك القانوني لايجوز تفويض القاضي فى الأخذ في أحد أمرين متناقضين ، والأولى أن يحمل مفاد المادة الثانية بما يوافق المادة الاولى . والحمل على ذلك ميسور وواضح عند التدقيق في نص المادة .

ويلاحظ ان طلب المواثبة في البيع الفاسد لا يعتبر إلا بعد أن يزول حق البائع من الفسخ .

ويلاحظ أيضاً ان الاشهاد على طلب المواثبة ليس بشرط لصحة الطلب ، وإنما هو لاثبات وقوع الطلب عند انكار المشتري وقوع طلب المواثبة من الشفيع . ولهذا لو سمع الشفيع بالعقد وطلب المواثبة مع نفسه ولم يكن هناك من يشهد طلبه ، صح الطلب ، ولـكن لاثبات ذلك عند احتمال ان ينكر المشتري الطلب المذكور كان الاجدر بالشفيع ان يشهد شخصين على مواثبته . وبذلك يستطيع اثبات الطلب من دون ان يتحمل اثماً .

ويلاحظ ايضاً ان وقوع طلب المواثبة امام المشتري او عند المبيع او عند البائع – والمبيع في يده – بحضور الشهود ، يقوم مقام طلب التقرير ايضاً ، اي طلب المواثبة بهذه الصورة يتضمن طلب التقرير ايضاً .

أما طلب التقرير والاشهاد، فهو ان يبادر الشفيع بعد طلب المواثبة بلا تأخير حسب امكانه، ويشهد رجلين او رجلاً وامرأتين قائلاً عند المبيع: ان فلاناً قد باع هـذا العقار — ويشير اليه — واني أشهد كما اني اطلب الشفعة، او عند المشتري، انك قد اشتريت العقار الفلاني المحدود بكذا واني شفيعه، او عند البائع اذا كان العقار في يده: انك قد اشتريت العقار الفلاني واني شفيع به. او يقول عند احد هؤلاء ما يدل على هذا المعنى [م ١٠٣٠][1].

فطلب التقرير يسوغ اجراءه عند احد ثلاثة: المشتري والبائع والمبيع. فاذا كان الثلاثة في بلد آخر او بلدان أخرى فله اجراؤه عند أي واحد من الثلاثة ولو كان بعضهم أقرب اليه من بعض. وان كانوا في بلده فله ذلك أيضاً إلا انه اذا كان بعضهم اقرب اليه من بعض فمر بالاقرب مجتازاً الى غيره ولم يقرر ويشهد عند الاقرب فان شفعته تبطل

---

(١) م ١٠٣٠ — يلزم الشفيع بعد طلب المواثبة ان يشهد ويطلب التقرير بان يقول في حضور رجلين عند المبيع ان فلاناً قد اشترى هذا العقار او عند المشتري انت قد اشتريت العقار الفلاني او عند البائع ان كان العقار موجوداً في يده انت قد بعت عقارك وانا شفيعه بهذه الجهة وكنت طلبت الشفعة والآن ايضاً اطلبها اشهدا وان كان الشفيع في محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بهذا الوجه يوكل آخر وان لم يجد وكيلا ارسل مكتوباً.

لأن هذا الطلب مقيد بأدنى درجات الامكان وقد تمكن منه عند الأقرب فلم يفعل . ثم ان اجراء طلب التقرير بحضور الشهود ليس بشرط لصحة الطلب عند اكثر الفقهاء ، وانما يلزم ذلك عندهم للاثبات عند الانكار . ولكن الظاهر من نص المادة « ١٠٣٠ » ان الاشهاد شرط لصحة الطلب .

واذا مرت مدة يتمكن فيها الشفيع من اجراء طلب التقرير فيها فلم يفعل بطلت شفعته ، اللهم إلا اذا كان هناك عذر كما اذا علم بالبيع وواثب ليلا ، وكما اذا كان مريضاً ، فلا تبطل شفعته حينئذ مالم يمر عليه بعد زوال العذر زمن يستطيع فيه اجراء الطلب فلم يفعل .

واذا كان الشفيع في بلد آخر او فى محل بعيد ولم يمكنه طلب التقرير والاشهاد بالوجه السابق فعليه ان يوكل عنه أحداً يقوم بعمل ذلك ، وان لم يجد وكيلاً فعليه أن يرسل كتاباً الى المشتري او الى البائع اذا كان العقار فى يده ، بالطلب المذكور . واذا تعذر ذلك ايضاً بأن كانت السبل منقطعة فلا يسقط حقه ما لم يمر عليه بعد زوال المانع زمن يستطيع فيه اجراء التوكيل او ارسال الكتاب ولم يفعل . فمجرد كونه غائباً عن البلد الذي فيه العقار المبيع لا يكون له عذراً في التأخر عن اجراء الطلب لانه بامكانه أن يجري ذلك بالتوكيل او بارسال الكتاب .

وأما طلب الخصومة والتملك، فهو أن يطلب الشفيع بحضور الحاكم الخصومة مع المشتري أو البائع اذا كان العقار بيده، طالباً تملك المشفوع.

وهذا الطلب انما يلزم اذا لم يسلم المشـتري المشفوع برضائه الى الشفيع. أما اذا سـلم ذلك برضائه فلا لزوم لطلب الخصومة، فليس للمشتري بعد ما سلم برضائه استرداد المشفوع بناء على ان الشفيع لم يجر طلب الخصومة والتملك [م ١٠٣١](1).

ثم، اذا وجه الشفيع الخصومة الى البائع والعقار في يده، فعلى الحاكم احضار المشتري في المحاكمة، فاذا تحققت الشفعة فسخ الحاكم البيع بحضور المشتري وحكم بالشفعة، وحينئذ تتحول صفقة البيع الى الشفيع فتكون عهدت هذا البيع الجديد على البائع وليس على المشتري شيء منها.

واذا وجه الخصومة الى المشتري بعد ان تسلم العقار، فلا لزوم لأحضار البائع في المحاكمة، فاذا حكم الحاكم بالشفعة سلم الشفيع الثمن الى المشتري، وفي هذه الصورة تكون عهدة البيع على المشتري.

واذا وجه الخصومة الى المشتري وكان العقار لم يزل بيد البائع فعلى

---

(١) م ١٠٣١ — يلزم ان يطلب ويدعي الشفيع في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والاشهاد ويقال لها طلب الخصومة والتملك.

الحاكم احضار البائع ، فاذا حكم بالشفعة تنتقل الصفقة من البائع الى الشفيع كما في الوجه الاول فتكون عهدة البيع على البائع .

والحاصل ان الشفيع اذا اخذ المشفوع من البائع وسلم اليه الثمن ، فالعهدة على البائع . وان أخذه من المشتري وسلم اليه الثمن فالعهدة على المشتري .

وكما يكون البائع أو المشتري خصماً يكون الوكيل بالشراء خصماً أو موكله — المشتري — وكذلك ولي الصغير اذا باع عقار الصغير وظهر له شفيع .

مثال لصورة دعوى الشفعة :

يصور المدعي دعواه بحضور الحاكم ومواجهة الخصم قائلاً ان هذا قد اشترى العقار الفلاني في البلدة الفلانية فى المحلة الفلانية المحدود بكذا وكذا من فلان وانه قد أدى الثمن وتسلم المبيع وبما اني شفيع في المبيع بسبب داري المحدودة بكذا وكذا وقد اجريت طلب المواثبة والتقرير بعد سماعي بالبيع المذكور بلا تأخير ، فاطلب تسليم المشفوع الي بسبب الشفعة وأخذ الثمن مني .

وبعد تحرير الدعوى على الوجه المذكور ، يوجه الحاكم الاسئلة الآتية مستوضحاً من الشفيع :

(١) هل قبض المشتري المشفوع ؟ لأنه اذا لم يقبض المشتري المشفوع لا تصح الخصومة بدون حضور البائع .

(٢) بأي سبب تطلب الشفعة ؟ وذلك لاحتمال ان يطلبها بسبب محجوب عنه ، أو بسبب غير صحيح .

(٣) يستفسر منه حدود المشفوع به والزمن الذي علم فيه بالبيع . ويسأله عما عمله في مجلس السماع بالبيع .

وكذلك يستفسر منه أين أجرى الاشهاد ، فهل أجراه عند البائع أو المشتري أو المبيع ، وهل بعضهم أقرب اليه من بعض .

فاذا اجاب الشفيع عن الجهات المذكورة بوجه يحقق الشفعة يتوجه الحاكم بالسؤال الى المشتري عن الجهات الآتية :

(١) هل الشفيع مالك للمشفوع به ؟ وذلك لأن ظاهر اليد وان كان يصلح لدفع دعوى الغير فانه لا يصلح للاستحقاق ، فلا يكتفي بها في ثبوت حق .

وللشفيع ان يثبت تملكه باقرار المشتري أو اقامة الشهود أو نكول المشتري عن اليمين بعدم علمه ان الشفيع مالك للمشفوع به ، لأن التحليف على فعل الغير انما يكون على عدم العلم .

(٢) هل انه اشترى الملك المشفوع ؟ لأنه اذا لم يتحقق شراؤه

الملك المشفوع لا يبقى لدعوى الشفعة وجه .

(٣) هل أجرى الشفيع طلب المواثبة عند علمه بالبيع ، وهل أجرى طلب التقرير بعد ذلك .

فاذا انكر المشتري وقوع الطلبين وعجز الشفيع عن اثباتهما بالبينة يحلف المشتري على عدم العلم بوقوع الطلبين المذكورين .

واذا تحققت الشفعة بنظر الحاكم يوجه الى الشفيع اليمين بأنه لم يبطل شفعته أي لم يسقط حق شفعته ، بوجه من الوجوه[1] .

ولا يخفى ما في الاسئلة الآنفة الذكر من المكانة في سير الدعوى . على ان للحاكم ان يوجه اسئلة أخرى لها أهميتها بنظره . وما ذكرناه من الاسئلة والشكل تصوير لا تحديد .

المدد المضروبة للطلبات الثلاثة :

ان الطلبات الثلاثة محددة بأزمان فاذا تجاوزتها يبطل حق الشفعة .

فطلب المواثبة فوري على القول الراجح ، فاذا سمع ذو الحق بالبيع مع معرفة الثمن والمشتري ولم يبادر بالطلب بطلت شفعته [م ١٠٣٢] .

وطلب التقرير والاشهاد مقيد بألا يمر بعد طلب المواثبة زمن يمكن اجراؤه فيه بدون عذر . فاذا مر عليه زمن يمكن أن يقوم فيه

---

(١) انظر المادة ١٧٤٦

بالطلب المذكور فلم يقم بذلك — ولو بارسال كتاب — ولا عذر له ، بطلت شفعته [م ١٠٣٣] [1] .

وطلب الخصومة محدد بشهر من حين التقرير والاشهاد . فاذا انقضى الشهر ولم يقم بذلك ، وليس له عذر يمنعه من القيام بالطلب بطلت شفعته [م ١٠٣٤] [2] .

ويتضح مما اسلفناه ان قيام العذر في اثناء تلك المدد يمنع سقوط حق الشفعة ، ويعتبر مبدأ المدة من حين زوال العذر . فلو امسك أحد فم الشفيع عند سماعه بالبيع لا يسقط حق شفعته وكذلك لو كان في الصلاة مثلاً عند سماعه بالبيع ، فبعد زوال هذا العذر ان بادر بالطلب صح ، وإلا بطل حقه . وكذلك الأمر في طلب الخصومة ، فاذا كان الشفيع فى ديار أخرى تبعد مدة السفر أو كان مريضاً أو محبوساً أو له عذر شرعي آخر ، فان حقه لا يزول لو أخر طلب الخصومة عن مدة الشهر بل تبدأ هذه المدة من حين زوال العذر .

---

(١) م ١٠٣٣ — لو أخر الشفيع طلب التقرير والاشهاد مدة يمكن اجراؤه فيه ولو بارسال مكتوب يسقط حق شفعته .

(٢) م ١٠٣٤ — لو أخر الشفيع طلب الخصومة بعد طلب التقرير والاشهاد شهراً من دون عذر شرعي ككونه في ديار أخرى يسقط حق شفعته .

ويلاحظ ان الغيبة قد اعتبرت عذراً بالنظر الى طلب الخصومة ولم تعتبر عذراً بالنظر الى طلب التقرير ، لأن طلب التقرير أمر سهل يمكن اجراؤه بواسطة التوكيل او بواسطة كتاب الى المشتري او الى البائع على ما مر ذكره ، بخلاف الخصومة فانه لا بد فيها من حضوره بنفسه للمخاصمة او توكيل غيره بتحمل مصاريف عدا كلفة تقديم البينات وايام المرافعة ، فلهذا حصل الفرق فاعتبرت الغيبة عذراً في طلب الخصومة دون طلب التقرير (١) .

وانما اعتبر مرور المدة المذكورة بدون طلب مسقطاً للشفعة لأنه يدل على الرضاء ، خصوصاً ان الشفعة حق ضعيف .

طلب الشفعة للمحجورين :

يطلب حق الشفعة للمحجورين اولياؤهم . ويقوم الولي في الخصومة مقام المحجور . فولي الصغير مثلاً عليه ان يقوم بطلب الشفعة للصغير ، فاذا لم يطالب دل على انه رأى ان الانفع ترك ذلك ، فلا يبقى للصغير حق طلب الشفعة بعد البلوغ [م ١٠٣٥] (٢) . فاذا لم يكن للصغير ولي

---

(١) انظر المادتين ١٠٣٣ و ١٠٣٤

(٢) م ١٠٣٥ — يطلب حق شفعة المحجورين وليهم وان لم يطلب الولي حق شفعة الصغير لا تبقى له صلاحية طلب حق الشفعة بعد البلوغ .

فحق الشفعة يبقى محفوظاً للصغير الى حين زوال الحجر والعلم بالبيع. وكذا الحكم عند الفقهاء لو بيع العقار بغبن فاحش فانه ليس للولي أخذه بالشفعة، لأنه تصرف غير نافع ولكن يبقى للصغير حق الشفعة الى حين بلوغه وعلمه بالبيع، فلا يعتبر تسليم الولي الشفعة بهذه الصورة. ولكن الظاهر من اطلاق المادة «١٠٣٥» ان حق الشفعة بهذه الصورة لا يبقى محفوظاً للصغير.

والشفعة تثبت للحمل عند الفقهاء فمتى ولد لأقل من ستة أشهر من حين البيع فلوليه حق الطلب بالشفعة نيابة عنه، ولا يخفى ما في هذا من المخالفة للقواعد الفقهية فان الحمل لم يعتبر من ذوي الاهلية إلا فى الارث والوصية حتى ان الفقهاء لم يعتبروا الهبة للحمل، على ما سبق ذكره فى كتاب الهبة. ولا شبه بين الشفعة والارث أو الوصية، فلا أرى للقول بثبوت الشفعة للحمل وجهاً صحيحاً.

واذا بيع العقار بأقل من ثمن مثله بغبن فاحش فعند بعض الفقهاء ان للولي أن يسلم الشفعة كما له ذلك اذا بيع العقار بثمن مثله لان تقدير الانفعية للصغير عائد اليه، وقال آخرون ليس له ذلك بل عليه القيام بطلبات الشفعة واذا لم يقم بها يعد مقصراً، لأن النفع للصغير ظاهر فى هذه الصورة.

حكم الشفعة

حكم الشفعة هو تملك الشفيع للمشفوع ، وذلك بأحد طريقين إما بتسليم المشتري وإما بقضاء القاضي .

أما التملك بالتسليم فظاهر ، لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع « وهو الثمن » بيع وشراء ، وهما يقتضيان تملك المشتري للمبيع..

وأما التملك بقضاء القاضي ، فان القضاء اذا كان على البائع انتقض البيع الاول وانعقد بيع جديد بين البائع والشفيع ، فتكون عهدة البيع على البائع . واذا كان القضاء على المشتري لم ينتقض البيع الاول ، بل يكون القضاء عليه بحكم بيع جديد بين المشتري والشفيع وتكون عهدة البيع على المشتري [م ١٠٣٦][1] .

ويلاحظ ، أن الشفيع إنما يتملك المشفوع بمثل ماقام على المشتري ، فالثمن الذي دفعه المشتري إن كان من المثليات فالشفيع يدفع مثله الحقيقي وإن كان من القيميات فالشفيع يدفع مثله المعنوي وهو القيمة ، فاذا

---

(١) م ١٠٣٦ — يكون الشفيع مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري أو بحكم الحاكم .

كان المشتري قد دفع فرساً مثلاً فعلى الشفيع دفع قيمة الفرس اليه عند الأخذ بالشفعة .

وقد علم مما قررناه أن تملك المشفوع بسبب الشفعة سواء كان بالتراضي او بحكم الحاكم هو بمنزلة بيع جديد ، فتترتب عليه الاحكام الثابتة بدون شرط فى البيع . فيثبت للشفيع خيار الرؤية وخيار العيب . ولا يثبت له تأجيل الثمن ولو كان المشتري قد اشترى مؤجلاً ، لأن التأجيل لا يثبت في البيع إلا بالشرط ، بخلاف خيار الرؤية وخيار العيب فانهما لازمان لعقد البيع بدون إشتراطهما [م ١٠٣٧][1] .

وبهـى للشفيع خيار الشرط ، ولا ضمان الغرر ، لأن التملك بالشفعة تملك جبري على البائع او المشتري ، فلم يكن لخيار الشرط معنى . وكذلك ضمان الغرر ، لأن البائع أو المشتري لم يملك المشفوع للشفيع باختياره وترغيبه ، بل بطلب من الشفيع نفسه واجبار الحاكم حقيقة كما لو تملكه بحكم الحاكم ، أو تقديراً كما لو تملكه برضاء المشتري . ويتفرع على هذا أن الشفيع لو بنى في المشفوع ثم استحق وقلع المستحق

---

(١) م ١٠٣٧ — تملك العقار بالشفعة هو بمنزلة الاشتراء ابتداء بناء عليه الاحكام التي تثبت بالشراء ابتداء كالرد بخيار الرؤية وخيار العيب تثبت في العقار المأخوذ بالشفعة ايضاً .

البناء فليس للشفيع تحميل البائع الضرر الناتج من ذلك بناء على انه غرر فى ضمن عقد حسب حكم المادة (٦٥٨)، وهذا بخلاف ما لو بنى المشتري فى العرصة المبيعة ثم استحقت فان البائع يتحمل الضرر الواقع على المشتري . ففي مسألتي الخيار وضمان الغرر ليس التملك بالشفعة بحكم البيع لما ذكرناه من العلة .

سقوط الشفعة :

الشفعة تسقط بامور :

منها ان الشفيع اذا مات قبل الحكم له بالشفعة سقطت شفعته فلا تنتقل الى الوارث [م ١٠٣٨](1) .

ومنها ما لو باع الشفيع المشفوع به قبل تملكه المشفوع بالشفعة بطلت شفعته ولو كان قد قام بطلبي المواثبة والتقرير ، لان السبب فى الشفعة هو المشفوع به فاذا خرج من ملك الشفيع زال سبب الشفعة ، فزالت الشفعة . ولو باع قسماً من المشفوع به لا تبطل الشفعة لبقاء سببها بالقسم الباقي ، وكذا لو باعه بخيار الشرط له ، فان حقه من الشفعة

---

(١) م ١٠٣٨ — لو مات الشفيع قبل ان يكون مالكا للمشفوع بتسليمه بالتراضي مع المشتري او بحكم الحاكم لاينتقل حق الشفعة الى ورثته .

لا يبطل ما لم تنته مدة الخيار قبل تملكه المشفوع بالشفعة [م ١٠٣٩][1].

ومنها ما لو تصالح الشفيع والمشتري على شيء عن الشفعة ، فان الشفعة تسقط ، لتحقق الرضاء ، ولا يلزم المشتري بشيء ، لعدم صحة هذا الصلح ، لأن الأعتياض عن الحقوق المجردة غير صحيح ، إذ لا يدخل ضمن أي عقد من عقود التملك .

ومنها لو باع حق شفعته فالبيع باطل والشفعة باطلة أيضاً .

ومنها ما لو ساوم الشفيع المشتري فى المشفوع ، ونحو هذا مما يدل على رضائه بالبيع الواقع ، كطلبه ايجار المشفوع من المشتري .

ومنها طلب الشفيع بعض المشفوع بالشفعة دون كله ، لأن الشفعة لا تقبل التجزئة ، لأنه لو اجيز ذلك لزم تحميل المشتري ضرر تفريق الصفقة ، ولأن طلب الشفيع بعض المشفوع يتضمن رضاءه بتملك المشتري للباقي فينتفى السبب الذي شرعت لأجله الشفعة [م ١٠٤١][2] .

بناء على هذا لو كان المشتري قد اشترى المشفوع بصفقة واحدة لنفسه

---

(١) م ١٠٣٩ — لو بيع المشفوع به بعد طلب الشفيع على الوجه المشروح وقبل تملكه المشفوع يسقط حق شفعته .

(٢) م ١٠٤١ — الشفعة لا تقبل التجزؤ بناء على ذلك ليس للشفيع حق في اشتراء مقدار من العقار المشفوع وترك باقيه .

أو لاناس متعددين بحسب وكالته عنهم فالشفيع ليس له طلب الشفعة من البعض ، لاقتضاء ذلك تفرق الصفقة ، لكن لواشترى عدة اشخاص المشفوع بصفقات فللشفيع ان يطلب الشفعة من بعضهم دون بعض ، لانه لايلزم من ذلك تفرق الصفقة على المشتري . وكذلك لو اشترى شخص واحد المشفوع بصفقات كأن يشتري نصفه مثلاً ثم ربعه ، ثم ربعه الآخر فان للشفيع ان يطلب الشفعة فى النصف أو الربع لعدم اقتضاء ذلك تفرق الصفقة . على هذا ذهب المفتون ، وأرى ان ليس للشفيع في هذه الصورة ان يطلب الشفعة فى صفقة دون صفقة ، لان ذلك يتضمن رضاءه بتملك الشفيع فيما له حق الشفعة فيه فيتضمن رضاءه بالاشتراك معه أو بمجاورته والرضاء يسقط الشفعة ، وليس لاعتبار تفرق الصفقة أو عدمها دخلا جوهرياً في أمر الشفعة .

ومنها ان بعض الشفعاء اذا وهب حصته لبعض سقطت شفعته ولا تعتبر هبته ، وحينئذ لسائر الشفعاء أما ان يطلب كل واحد منهم الشفعة بكل المشفوع وأما ان يرضى بالبيع . وكذلك الحكم لو أسقط بعض الشفعاء حقهم . ولكن هذا اذا حصلت الهبة أو الاسقاط قبل حكم الحاكم بالشفعة للشفعاء ، لأنه حينئذ يعد الشفيع كأنه غير موجود لسقوط حقه . أما لو أسقط حقه من الشفعة بعد حكم الحاكم له بها ، فليس لسائر الشفعاء

أخذ نصيبه بالشفعة ، لأنه بحكم الحاكم قد تقررت ملكيته في نصيبه فلم يبق للشفعاء الباقين حق فيه . وكذلك الحكم لو كانت الشفعة لذوي درجات فأسقط صاحب الدرجة العليا حقه ، فان كان الاسقاط قبل حكم الحاكم فان لذي الدرجة التي بعدها أخذ المشفوع بالشفعة إن كان قد قام بالطلبات حسبما تقدم الكلام عليها ، وان كان الاسقاط بعد حكم الحاكم فليس لصاحب الدرجة التي بعدها أي حق في الشفعة لتقرر ملك الدرجة الاولى في المشفوع [م ١٠٤٢ــ ١٠٤٣](١) .

ويلاحظ انه لو بيع ملك عقاري آخر متصل بالملك المشفوع قبل أن يتملكه الشفيع على الوجه الذي سبق ذكره ، فليس لهذا الشفيع حق الشفعة في العقار المذكور المتصل بالملك المشفوع ، لأن المشفوع قبل أن يصبح ملكاً للشفيع لا يصلح ان يكون سبباً للتشفع به . فاذا بيعت دار مجاورة للمشفوع فليس للشفيع أن يطلب الشفعة في الدار المذكورة ،

---

(١) م ١٠٤٢ — ليس لبعض الشفعاء ان يهبوا حصتهم لبعض وان فعل أحدهم ذلك أسقط حق شفعته .

م ١٠٤٣ — ان أسقط احد الشفعاء حقه قبل حكم الحاكم فللشفيع الآخر ان يأخذ تمام العقار المشفوع وان اسقطه بعد حكم الحاكم فليس للآخر ان يأخذ حقه .

ما لم يكن قد تملك المشفوع قبل بيع تلك الدار [م ١٠٤٠][1].

حكم ما لو زاد المشتري في المشفوع :

اذا زاد المشتري في المشفوع زيادة متصلة به من ماله ليس لزوالها وقت معلوم ، فان الشفيع يخير بين امرين : إما أن يتملك المشفوع مع ما زاده المشتري بقيمته ، وإما أن يترك الشفعة . وليس له أن يجبر المشتري على قلع شيء مما زاده وأن يأخذ المبيع بالثمن الذي قام عليه ، لأن المشتري غير متعد بشرائه وغير متعد باجراء ما زاده فيما اشتراه ، وان ثبوت حق الشفعة لشخص لا يسوغ اضرار شخص آخر ، ولأنه لو أجبر المشتري على تسليم المشفوع الى الشفيع وقلع ما زاده فليس له أن يرجع بضرره على البائع ، لأن البائع لم يكن غاراً له فلم يكن الضرر ناشئاً عن غرر في العقد ، فيبقى المشتري متحملاً لضرر لا يمكن تلافيه ، من دون تعد منه . مثلا لو زاد المشتري على بناء المشفوع شيئاً من ماله كصبغه فان الشفيع يخير بين الأمرين السابقين . وكذلك الحكم لو بنى في المشفوع أو غرس فيه [م ١٠٤٤][2].

---

(١) م ١٠٤٠ — لو بيع ملك عقاري آخر متصل بالملك المشفوع قبل ان يتملكه الشفيع على الوجه المشروح لا يكون شفيعاً لهذا العقار الثاني .

(٢) م ١٠٤٤ — لو زاد المشتري على البناء المشفوع شيئاً من ماله كصبغه =

أما اذا زاد شيئاً في المشفوع وكان لبقاء هذه الزيادة زمن قصير معلوم، كما لو زرع المشتري في المشفوع، فالشفيع يتملك المشفوع بما قام على المشتري ولا يجبر على تملك الزرع بقيمته، كما ان المشتري أيضاً لا يجبر على قلع زرعه بل له ان يبقي الزرع الى وقت الحصاد باجرة المثل من تاريخ تملك الشفيع العقار المشفوع .

= فشفيعه مخير ان شاء تركه وان شاء تملكه باعطاء ثمن البناء وقيمة الزيادة وان كان المشتري قد احدث على العقار المشفوع بناء أو غرس فيه اشجاراً فالشفيع بالخيار ان شاء تركه وان شاء تملك المشفوع باعطاء ثمنه وقيمة الابنية والاشجار وليس له ان يجبر المشتري على قلع الابنية والاشجار .

خاتمة

في

[حق الرجحان والفرق بينه وبين الشفعة]

لقد علمنا مما سبق تقريره ان الشفعة لا تجري فى العقارات الاميرية ولا في الموقوف وقفاً غير صحيح بل يجري فيها حق الرجحان واليك اولاً بيان حق الرجحان وثانياً الفرق بينها وبين حق الرجحان :

حق الرجحان :

هو امتياز يخول صاحبه تملك حق التصرف بأرض اميرية أو موقوفة وقفاً غير صحيح مفضلاً على غيره ، بدفع بدل المثل وقت الطلب .

وأصحاب حق الرجحان هم : (١) الشريك فى التصرف فى الأرض والخليط فيها . (٢) ابن القرية اذا كان بحاجة الى الارض ، والمراد من هذا ان من كانت له أرض في قرية فقرغها لشخص من أهل قريه أخرى ، فان لابن القرية التي فيها الارض حق الرجحان على ذلك الشخص اذا كان في حاجة اليها ، والمراد بالحاجة هو ألا تكون بيده

أرض اخرى يتصرف فيها أو كانت بيده أرض أخرى ولكنها لا تقوم بأوده . وعلى هذا اذا طلبها عدة من أبناء القرية وكانوا كلهم بحاجة اليها ، فان كانت قابلة للقسمة قسمت بينهم ، وإلا فتعطى لمن كان أشد حاجة اليها .

ومدة حق الرجحان سنة واحدة لابن القرية ، وخمس سنين للشريك والخليط . ويقدم الشريك على الخليط ، ويقدم الخليط على ابن القرية .

ولا تؤثر الاعذار كالصغر والجنة والغيبة على مدة حق الرجحان . فاذا مرت المدة المذكورة ولو بعذر بدون طلب ، يسقط حق الرجحان وكذلك يسقط هذا الحق اذا اخبر صاحبه بالفراغ وابى صراحة عن طلب تفرغها ، وتفصيل هذا الموضوع والاستزادة فيه يطلب من قانون الاراضي وشروحه .

الفرق بين الشفعة وحق الرجحان :

ان الفروق البارزة بين هذين الحقين هي :

(١) الشفعة تابعة لمراسم خاصة يجب القيام بها لحفظ حق الشفعة واذا قصر فيها الطالب بطلت شفعته ، وحق الرجحان غير تابع لشيء من ذلك .

(٢) ان مدة طلب الخصومة بالشفعة شهر واحـــد من تاريخ التقرير والاشهاد . والمدة في حق الرجحان خمس سنين او سنة على ما ذكر آنفاً .

(٣) ان مجرد السكوت عند السماع بالبيع يبطل الشفعة . وحق الرجحان لا يسقطه الســـكوت بل لا بد لسقوطه من الصراحة بعدم الرغبة فى الطلب .

(٤) ان الاعذار تعتبر في مدة الشفعة ، بمعنى ان الشفيع اذا كان غائباً او صغيراً فزال العذر كان له طلب الشفعة من زوال العذر . وحق الرجحان لايؤثر على مدته شيء من الاعذار .

(٥) ان الشفيع يأخذ المشفوع بما قام على المشتري من الثمن والمصاريف المعروفة . وصاحب حق الرجحان يأخذ العقار ببدل مثله حين طلبه التملك .

(٦) ان الشفعة لا تثبت إلا اذا ملك العقار بطريق البيع او ما فى حكمه . وحق الرجحان يثبت بتفريغ العقار بعوض او بغير عوض .

ومن قبيل حق الرجحان ، حق الطابو ، وهو كحق الرجحان فيما تقدم من المسائل والاحكام . وانما الفرق بينهما هو ان حق الرجحان

يتحقق عند وقوع الفراغ أي عند تفريع مالك التصرف فى العقار حق تصرفه الى احد . وان حق الطابو يتحقق عند موت مالك التصرف بلا أصحاب حق الانتقال .

وتفصيل الكلام فى حق الطابو وحق الرجحان يطلب من قانون الاراضي وشروحه .



